Die Rechtsnatur der Einigung im Sachenrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät

der

Universität Leipzig

eingereicht von

WOLFRAM PABST
Referendar in Dresden.

Dresden 1909.
Buchdruckerei von Arthur Schönfeld.

Die Rechtsnatur der Einigung im Sachenrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät

der

Universität Leipzig

eingereicht von

WOLFRAM PABST
Referendar in Dresden.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Dresden 1909.
Buchdruckerei von Arthur Schönfeld.

Seinen Eltern

in Liebe und Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546804_0003

Literatur.

Affolter, Das Willensmoment beim Besitzerwerb, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 17.

Aravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht, Iherings Jahrb. Bd. 48.

Bekker und Fischers Beiträge, 9. und 10. Heft: Die Rechtsgeschäfte im Entwurf 1890.

Bendix, Die Einigung, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 68.

Biermann, Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1902.

Biermann, Widerspruch und Vormerkung. Jena 1901.

Biermann, Kritik von Sohms Gegenstand, Zentralblatt für Rechtswissenschaft Bd. 25 S. 111.

Binder, Der Gegenstand, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (begründet von Goldschmidt) Bd. 59, neue Folge Bd. 44.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1901 I. Teil.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil.

Breit, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft, Bd. 13 und 15 des Sächs. Archivs.

Bruck, Eberh. Friedrich, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte, Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Leonhard, Heft 13. Breslau 1904.

Bruck, Ernst, Die Einigung im Sachenrecht des BGB. Berlin 1900.

Brütt, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Recht und BGB. Berl. Diss. 1900.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I und II, 4. Aufl. Jena 1903 und 1904.

Ebbecke, Grundsätze des bürgerlichen Rechts. Berlin 1901.

Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht, Gruchots Beiträge Bd. 47 Heft 1.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I und II, 8. und 9. Aufl. Berlin 1903 und 1905.

Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung, Anfangstermin. Marburg 1888/89.

Foerster, Einzelne Betrachtungen über die dingliche Einigung, im „Recht" VII. Jahrg. Nr. 3.

Foerster, Die Konvaleszenz der Auflassungserklärungen, im „Recht" VI. Jahrg. Nr. 5 und 6.

Fuchs, Grundbuchrecht. Berlin 1902.
Gerland, Das Königlich Sächsische Jagdrecht. Borna-Leipzig 1906, Leipziger Diss.
Harburger, Der Eigentumserwerb nach § 957, im „Recht" V. Jahrg. Nr. 19.
Hedemann, Zivilistische Rundschau, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 31 S. 322 ff.
Hellmann, Der Eigentumserwerb nach § 957, im „Recht" V. Jahrg. Nr. 17.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.
Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere (Konnossement, Lagerschein, Ladeschein), Festgabe für Felix Dahn, III. Teil 1905 S. 135 ff.
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. München 1900.
Hölder, Zur Theorie der Willenserklärung, 2. Aufsatz in der Festgabe für Degenkolb, betitelt: Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht. Leipzig 1905.
Hupka, Die Vollmacht. Leipzig, Dunker & Humblot, 1900.
Ihering, Geist des römischen Rechts, Bd. III.
Isay, Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem BGB., Iherings Jahrb. Bd. 44.
Jacobi, Versprechen und Vertrag, Iherings Jahrb. Bd. 35.
Jacubezky, Zum § 957 BGB., im „Recht" VI. Jahrg. Nr. 1 S. 4 ff.
Klingmüller, Kritik von Sohms Gegenstand, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, herausgegeben von Grünhut, 34. Bd. 2. H. S. 486 ff.
Kober siehe Staudinger.
Koffka, Die rechtliche Bedeutung der Gebundenheit der Beteiligten an die Einigung nach § 873 Abs. 2 BGB., in der Festgabe der Rechtsanwaltschaft des Kammergerichts für Richard Wilke. Berlin 1900.
Kramer, Kann der Grundstückseigentümer stehende Früchte rechtswirksam übereignen?, im „Recht" VI. Jahrg. Nr. 24.
Kretzschmar, Sachenrecht, 1906; ferner: Das Eigentum an Grundstücken, im Sächs. Archiv Bd. 12.
Küchendahl, Zum § 873 BGB., im „Recht" VI. Jahrg. Nr. 8.
Maenner, Sachenrecht, 2. Aufl. München 1906.
Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte, Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Leonhard, Heft 5. Breslau 1901.
Manigk, Voraussetzungen des Eigenbesitzes, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25.
Manigk, Zum Begriff des Rechtsgeschäfts, Deutsche Juristen-Zeitung VII. Jahrg. Nr. 12.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
Molitor, Obligatorischer Anspruch, dingliche Einigung und Eintragungsbewilligung, im „Recht" VII. Jahrg. S. 57 ff.

Motive zum Entwurf eines BGB., Bd. I und III.

Neumann, Studie über Rechtshandlung und Rechtsgeschäft, in der Festgabe für Richard Wilke. Berlin 1900.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 3. Aufl. Berlin 1904.

Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag. Berlin 1904.

Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1906, Bd. I und III.

Predari, Kommentar zur Grundbuchordnung. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., Bd. III.

Ramdohr, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB., Gruchots Beiträge Bd. 44.

Reichel, Die Vormerkung im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Iherings Jahrb. Bd. 46 S. 59 ff.

Reichel, Das letztwillige Veräußerungsverbot im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, im Sächs. Archiv Bd. 12.

Riezler siehe Staudinger.

Riezler, Kritik des Schottschen Aufsatzes in der Festgabe für Dahn, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 3. Folge Bd. II (der ganzen Folge 58. Bd.).

Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts, Bd. II.

Romeick, Zur Technik des bürgerlichen Gesetzbuchs, Heft III Rechtsnachfolge. Stuttgart 1904.

Salomon, Die Genehmigung im 1. Buch des BGB. in ihrer Beziehung zur Einigung des 3. Buches. Frankfurt 1903, Marburger Diss.

Savigny, v., System des heutigen römischen Rechts. 1840.

Schott, Ueber Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen im bürgerlichen Recht, in der Festgabe für Felix Dahn S. 302.

Schloßmann, Der Vertrag. 1879.

Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund. 1873.

Simon, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung, Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Leonhard, Heft 20. Breslau 1907.

Sohm, Der Gegenstand, erste Abhandlung in der Festgabe für Degenkolb: Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht. Leipzig 1905.

Sohm, Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 28.

Sohm, Noch einmal der Gegenstand, Iherings Jahrb. Bd. 53 S. 373 ff.

Sohm, Institutionen des römischen Rechts, 5. und 6. Aufl.

Staudinger, Kommentar zum BGB., Bd. I (Loewenfeld-Riezler) und Bd. III (Kober). München 1907.

Steyert, Der dingliche Vertrag im BGB. Straßburg 1906.

Stöver, Ist die Einigung im Sachenrecht des BGB. ein Rechtsgeschäft?, im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 26 Heft 1.

Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Rechte an Grundstücken. Berlin 1898.

Stintzing, Vormerkung und öffentlicher Glaube des Grundbuchs, im Sächs. Archiv Bd. 15.

Strohal, Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten? Dekanatsprogramm 1904.

Strohal, Grenzen der Urteilsrechtskraft bei betagter und bedingter Berechtigung, dritte Abhandlung in der Festgabe für Degenkolb: Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht.

Strohal, Die Sukzession in den Besitz nach römischem und heutigem Recht. Graz 1885.

Strohal, Sachbesitz, Iherings Jahrb. Bd. 38.

Strohal, Das Sparkassenbuch im Sachenrecht, im „Recht" V. Jahrg. Nr. 7.

Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft, Iherings Jahrb. Bd. 27 5. und 6. Heft.

Strohal, Erbrecht I, 3. Aufl.

Titze, Ueber den Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen, Iherings Jahrb. Bd. 47.

Tobias, Eigentumserwerb durch Verbindung, Archiv für ziv. Praxis Bd. 94.

Turnau-Foerster, Das Liegenschaftsrecht. 1900.

Wend, Erwerb von einem Nichtberechtigten, Archiv für ziv. Praxis Bd. 89.

Wilutzky, Die Verfügungen des BGB., im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 28.

Wolf, Studie über den Mitbesitz nach dem BGB., Iherings Jahrb. Bd. 44.

Wolff, Begründet das über ein Immobiliarrecht formlos geschlossene Kaufgeschäft einen klagbaren Anspruch auf Rechtsänderung?, in Gruchots Beiträgen Bd. 47 S. 26 ff.

Wunderlich, Die Eintragungsbewilligung des heutigen Grundbuchrechts. Leipzig 1906, Leipz. Diss.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit (herausgegeben von Lobe), VIII. Jahrg.

Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB., 1889 7. Heft.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft.

I. Einleitung.

§ 1.

Bestimmung des Themas und Uebersicht über die bestehenden Ansichten.

Aufgabe dieser Abhandlung soll der Versuch sein, die Antwort auf die noch heute in der Wissenschaft sehr bestrittene Frage nach der Rechtsnatur der Einigung im Sachenrechte des neuen BGB. zu finden. Die Schwierigkeit der Lösung dieser Aufgabe liegt in der Ungeklärtheit der allgemeinen grundlegenden Rechtsbegriffe. In dem Streite um die Beantwortung der Frage nach der Wesensnatur der Einigung haben sich besonders zwei einander heftig bekämpfende Parteien gebildet, deren Standpunkt sich kurz durch ihre verschiedene Stellungnahme zu den beiden folgenden Fragen charakterisieren läßt: Ist die Einigung selbst schon ein Vertrag oder bildet sie im Rechte der unbeweglichen Sache mit der Eintragung, im Rechte der beweglichen mit der Uebergabe zusammen erst das Privatrechtsgeschäft?

Für die Vertragsnatur der Einigung sprechen sich die meisten Schriftsteller des BGB. und des Sachenrechts aus, so z. B. Biermann[1]), Cosack, Dernburg, Endemann, Enneccerus-Lehmann, Fuchs, Goldmann-Lilienthal, Kober, Männer, Oberneck, Planck, Predari, Rehbein, Riezler, Strecker, Turnau-Förster und andere.

Gegen sie bilden die wenigen, die die zweite Frage bejahen oder der Bejahung dieser Frage zuneigen, eine ganz verschwindende Minderzahl.

Der erste, welcher die Vertragsnatur der Einigung energisch bekämpft hat, ist Ernst Bruck gewesen. Er hat seine Ansicht niedergelegt in seiner Monographie „Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs", erschienen bei Otto Liebmann, Berlin 1900. Ernst Bruck sieht in der Einigung „den Typus eines neuen Rechtsbegriffes, der sich erschöpft in der

[1]) Die Anhänger der Ansicht, daß die Einigung im Sachenrecht des BGB. ein Vertrag sei, sind zitiert auf S. 256 des ersten Bandes von Obernecks Reichsgrundbuchrecht, 3. Aufl. Berlin 1904.

Feststellung der übereinstimmenden Erklärungen, ein dingliches Recht begründen oder ein begründetes Recht ändern, belasten, übertragen, aufheben zu wollen“ [1]). Er leugnet ihre Vertragsnatur, weil ihr ein selbständiger Erfolg fehle, den jedes Rechtsgeschäft haben müsse.

Auf Ernst Brucks Seite hat sich mit geringen Abweichungen Eccius, besonders mit seinem Aufsatz „Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht“ [2]) gestellt. Eccius faßt die Summe seiner Erörterungen dahin zusammen: Weder die der Uebergabe oder Eintragung vorangehende Einigung, noch die Uebergabe, welche unter bestehender Einigkeit des Uebergebenden und des Erwerbers über Begründung eines an beweglichen Sachen zulässigen dinglichen Rechtes erfolgt, noch auch die Einigung über Aenderung eines an einem Grundstücke bestehenden dinglichen Rechtsverhältnisses in Verbindung mit der dieser Einigung entsprechenden Eintragung im Grundbuche sind Verträge, auf welche die Bestimmungen des allgemeinen Teiles des BGB. über Verträge kraft Gesetzes anzuwenden wären. Die Vorschriften im allgemeinen Teil des BGB. über Verträge sind auch nicht entsprechend anwendbar, weil ihr Inhalt auf Schuldverhältnisse verweist und nur auf diese paßt, nicht aber auf Verträge, durch welche über Sachen verfügt wird. Vor der Uebergabe oder der Eintragung steht die Einigung nach keiner Richtung unter der Herrschaft des Vertragsrechts im allgemeinen Teile des BGB. [3]).

Einen Schritt weiter als Bruck und Eccius ist im Anschluß an sie Georg Ortlieb in seiner Studie zum Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, „Einigung und dinglicher Vertrag“, erschienen bei Struppe & Winkler, Berlin 1904, gegangen. Ortlieb kommt schließlich zu dem folgenden Ergebnis [4]): „1. Die Einigung bei dem Erwerb von Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Sachen ist kein selbständiger Vertrag, sondern nur ein Bestandteil eines solchen. 2. Der Erwerb von dinglichen Rechten vollzieht sich im BGB. durch einen dinglichen Vertrag, und zwar ist dieser ein Realvertrag, dessen Bestandteile Einigung (Willensmoment) und Eintragung oder Uebergabe (reales Moment) bilden.“

Ortlieb hat in Kretzschmar [5]) neuestens einen erklärten Bundesgenossen gefunden [6]).

[1]) cf. E. Bruck S. 14.

[2]) cf. Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. 47. Jahrg. S. 51 ff.

[3]) cf. Gruch. Beitr. 47. Jahrg. S. 67.

[4]) cf. Ortlieb S. 44.

[5]) cf. Kretzschmar, Sachenrecht 1906. S. 52.

[6]) Im Anschluß an Eccius, Bruck und Ortlieb haben sich ferner auch in ihren Dissertationen Salomon und Steyert als Gegner der herrschenden Lehre bekannt. cf. Salomon: „Die Genehmigung im 1. Buch des BGB. in ihrer Beziehung zur Einigung des 3. Buches“. Marb. Diss. (Frankfurt 1903) und G. Steyert: „Der dingliche Vertrag im BGB.“ (Straßburg 1905). Verlag von Josef Singer.

Von einem eigenartigen, heute wohl von niemandem mehr geteilten Standpunkte aus sucht Wolff [1] die Streitfrage zu lösen. Er identifiziert die dingliche Einigung der §§ 873, 925 BGB. mit dem obligatorischen Vertrage, der die Verpflichtung zu der dinglichen Rechtsänderung enthält. Seine Ansicht wird mit Recht von Eccius [2], Förster [3] und Molitor [4] abgelehnt.

Die Ansichten von Bruck, Eccius und Ortlieb sind nicht unangegriffen geblieben. Schon 1901 hat Manigk in seiner Studie „Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte“ [5] die Brucksche Ansicht bekämpft. Er beanstandet insbesondere, daß Bruck bei der Bestimmung der rechtlichen Natur der Einigung von durchaus nicht feststehenden oder festgestellten Voraussetzungen ausgehe, wenn er behaupte, die Einigung sei deswegen kein Vertrag, weil sie keine selbständigen Rechtswirkungen erzeuge. Nach Manigks Ansicht verstehe der heutige korrekte Sprachgebrauch unter Vertrag lediglich die erklärte Willenseinigung. Oft müßten zu den bloßen Verträgen in diesem Sinne noch andere Momente hinzukommen, damit Wirksamkeit eintrete. Bezeichne man in solchen Fällen den ganzen zusammengesetzten Tatbestand als Vertrag, so sei das eine Denominatio a potiori, da der „Vertrag“ die Hauptsache in dem ganzen Tatbestand sei. Korrekt bezeichne man als „Vertrag“ nur die Einigung durch Willenserklärung, möge sie sich auf dingliche, obligatorische oder sonst welche Rechtswirkungen beziehen. Da man unter „Rechtsgeschäft“ den Gesamttatbestand einer Wirkung verstehe, so sei auch nicht jeder bloße Vertrag in letzterem Sinne ein Rechtsgeschäft, dann nämlich, wenn zur Willenseinigung noch andere Tatbestandselemente hinzukommen müssen.

Besondere Beachtung verdienen ferner zwei Spezialarbeiten über die Einigung, nämlich die Abhandlung von Diedrich Stöver: „Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Rechtsgeschäft?“ [6] und die Studie von Paul Simon: „Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung“ [7]. Stöver ist

[1] cf. Wolff, „Begründet das über ein Immobiliarrecht formlos geschlossene Kaufgeschäft einen klagbaren Anspruch auf Rechtsänderung?“ Gruch. Beitr. Jahrg. 47 S. 27 ff.

[2] cf. Gruch. Beitr. Jahrg. 47 S. 51 ff.

[3] cf. „Einzelne Betrachtungen über die dingliche Einigung“ im „Recht“. 7. Jahrg. Nr. 3 S. 53 ff.

[4] cf. „Obligatorischer Anspruch, dingliche Einigung und Eintragungsbewilligung“ im „Recht“. 7. Jahrg. Nr. 3 S. 57 ff.

[5] Erschienen als 5. Heft der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Dr. Rudolf Leonhard, Breslau 1901. cf. S. 203.

[6] Abgedruckt im Archiv für bürgerliches Recht, Band 26 Heft 1 S. 159—194.

[7] Erschienen als 20. Heft der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, Breslau 1907.

ein ausgesprochener Anhänger der herrschenden Lehre, nicht dagegen Simon, wenngleich er im Endresultat derselben angehört.

Stövers Untersuchung führt zu folgendem Gesamtergebnis[1]: Ueberall da, wo das BGB. im Sachenrecht eine „Einigung" der Beteiligten über eine Rechtsänderung fordert, liegt ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, ein sachenrechtlicher Vertrag, vor. Verlangt aber das BGB. ein Einigsein der Beteiligten über eine Rechtsänderung, so liegt darin zwar eine zweiseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung, aber kein selbständiges Rechtsgeschäft, weil das Einigsein immer mit einem anderen Rechtsgeschäft (Uebergabe usw.) zu einer untrennnbaren Einheit verbunden ist.

Einen noch nicht betretenen Weg zur Lösung der Streitfrage schlägt Simon ein. Er verwertet hierbei in feinsinniger Weise den von Emil Koffka in seinem Aufsatz „Ein Beitrag zur Lehre von der dinglichen Bindung der Beteiligten an ihre Einigung nach § 873 Abs. 2 BGB."[2] ausgesprochenen Gedanken, daß die Einigung eine Verfügungsbeschränkung des Passivbeteiligten zur Rechtsfolge habe, und kommt zu folgendem Resultat[3]: „Die Einigung ist Vertrag im Sinne des von Planck definierten Oberbegriffs[4]. Denn sie hat eine selbständige Rechtswirkung, welche als Folge des Vertragswillens eintritt, die Verfügungsbeschränkung. Die Einigung ist aber nicht Vertrag im Sinne der Vorschriften des allgemeinen Teils, denn dieser hat im Gegensatz zu ihr in erster Linie die Herbeiführung eines obligatorischen Rechtserfolgs zum Ziel. Die Einigung ist „dinglicher Vertrag", welcher sich zugleich mit dem obligatorischen, wie er im allgemeinen Teil in erster Linie geregelt ist, dem Oberbegriff des Vertrags unterordnet, welcher sich aber von diesem Vertrag des allgemeinen Teils durch die Verschiedenheit der bezweckten Rechtswirkung unterscheidet."

Partei zugunsten der herrschenden Lehre hat ferner auch Wilutzky in seinem Aufsatz „Die Verfügungen des BGB."[5] ergriffen. Wilutzky ist der Ansicht, daß die „Verfügung" auf dem Gebiet des Sachenrechts mit dem Begriff des sog. dinglichen Vertrags zusammenfalle, weil dieser seiner Natur nach eine Leistung enthalte und daher nur als Erfüllung eines vorangegangenen Versprechens denkbar sei. Ihm ist es unbegreiflich, wie Bruck, Eccius und Ortlieb der Einigung den Charakter als Rechtsgeschäft

[1] cf. Stöver S. 194 i. Arch. f. b. R. Bd. 26.

[2] Abgedruckt in der Festgabe der Rechtsanwaltschaft des Kammergerichts für Dr. Richard Wilke 1900 S. 173 ff.

[3] cf. Simon S. 88.

[4] Planck definiert den Vertrag als die Zusammenschließung des rechtsgeschäftlichen Willens von mindestens zwei Personen zu einem auf Hervorbringung derselben rechtlichen Wirkung gerichteten Willen und als genügenden Ausdruck dieser Zusammenschließung der beiden Willen zum Vertragswillen. cf. Simon S. 83.

[5] Abgedruckt im Archiv für bürgerliches Recht, Band 28 Heft 1 Berlin 1906, S. 53—80.

absprechen können, obwohl § 873 Abs. 2 BGB. die Willen binde. Denn es müsse doch eine seltsame Willensbindung sein, die äußere Gestalt gewänne und doch kein Rechtsgeschäft wäre[1]. Wilutzky sieht in der Einigung bereits die Verfügung, die identisch sei mit der Erfüllung, und zwar die vollständige. In der noch ausstehenden Eintragung in das Grundbuch vermag er nicht eine so wesentliche Unvollständigkeit zu erblicken. Denn es läge ja, so schlußfolgert er, wenn alles bis auf sie bewirkt sei, in der Einigung kein fragmentarisches Rechtsgeschäft vor, da die Beteiligten bereits alles erklärt hätten, was zu erklären ihnen obgelegen habe. Interessanterweise fährt aber Wilutzky kurz darauf in seiner Abhandlung, wie folgt, fort[2]: „Nur dann möchte ich zweifeln, wenn die materiellrechtliche Einigung noch nicht die Eintragungsbewilligung des Veräußerers in sich schließt. Dann möchte auch ich die „Verfügungs"eigenschaft der Einigung verneinen. Bei Beantwortung der Frage bei den beweglichen Sachen ist Voraussetzung der Einigung die Erlangung der tatsächlichen Herrschaft über die Sache, die Uebergabe. Beides zusammen stellt die Leistung dar und es greift hier überhaupt die Tätigkeit einer Behörde wie beim Grundbuch nicht ein, die, äußerlich hinzukommend, unabhängig von den Parteien die Schlußwirkung hervorbrächte. Hier liegt ohne die Uebergabe die Sache genau so, wie bei der Einigung ohne Eintragungssbewilligung; mit der Uebergabe ist alles erfüllt und alles geleistet."

Außer den Verfassern der im Vorstehenden angeführten, mir zugänglich gewesenen Einzelabhandlungen und Aufsätze haben heute die Schriftsteller von Kommentaren zum BGB. und von Lehrbüchern des Sachenrechts zu der Streitfrage über die rechtliche Natur der Einigung fast sämtlich, wenigstens in den neueren Auflagen ihrer Werke, Stellung genommen. Mit Ausnahme von Kretzschmar[3] sind alle[4], soweit ich sehe, der herrschenden Lehre treu geblieben. Nur ist es vielfach nicht geschehen, ohne der gegnerischen Ansicht doch gewisse Konzessionen, ähnlich wie es Wilutzky tut, zu machen. So sagt Planck[5]: Vertrag und Einigung sind nur zwei verschiedene Ausdrucksweisen für denselben Gedanken. Gegen die Ansicht, daß die Einigung kein Vertrag sei, weil die sachenrechtliche Einigung für sich keinerlei rechtliche Wirkung erzeuge, ist einzuwenden,

[1]) cf. Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 28 S. 65 und Anm. 14.
[2]) cf. Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 28 S. 66, 67.
[3]) cf. Anm. 5 S. 2 dieser Arbeit.
[4]) Nicht hierzu darf Sohm gezählt werden. Aus dem letzten Satz der Anm. 9 des § 5 seiner Abhandlung „Der Gegenstand" (erschienen unter dem Titel: Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht, Leipzig, Duncker & Humblot 1905) geht hervor, daß Sohm die Einigung des BGB. (516 $_1$, 873, 929) als rechtsgeschäftliche Willenserklärung, jedoch nicht als fertiges Rechtsgeschäft (als Vertrag) auffaßt.
[5]) cf. Planck, Kommentar 1906, Band I S. 259 ff. 3. Titel sub 2.

daß die Einigung über eine Rechtsänderung in betreff eines Rechts an einem Grundstück, wenn sie nach der Eintragung dieser Rechtsänderung im Grundbuch erfolgt, die sachenrechtliche Wirkung hat, daß die fragliche Rechtsänderung eintritt. Ebenso geht bei der Uebertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache, wenn der Erwerber bereits im Besitz der Sache ist, das Eigentum kraft der Einigung auf den Erwerber über. Abgesehen von diesen Fällen hat die Einigung für sich allein noch keine Aenderung des dinglichen Rechtszustandes zur Folge. Sie begründet auch keine obligatorische Verpflichtung, aber trotzdem hat sie eine sachenrechtliche Wirkung, nämlich die Wirkung, daß sie die Grundlage für eine dingliche Rechtsänderung bildet, welche eintritt, wenn zu der Einigung die Eintragung im Grundbuch bez. die Uebergabe der Sache tritt. Die Rechtsänderung erfordert zwei verschiedene Tatbestände, die zeitlich auseinanderfallen können, einmal die Einigung und sodann die Eintragung ins Grundbuch bez. die Uebergabe der Sache. Für das Wesen des Vertrags genügt es, daß durch die Einigung nur der eine dieser Tatbestände hergestellt wird.

Aehnlich äußert sich auch Predari[1]), indem er ausführt: „Die Einigung ist ein Vertrag. Sie ist Vereinigung, nämlich Vereinigung mehrerer Willenserklärungen zu dem Ende, daß durch sie ein dingliches Recht entstehe, übertragen oder belastet werde. Ein solches zweiseitiges Rechtsgeschäft ist aber ein Vertrag. Immerhin ist nicht zu übersehen, daß die Einigung ein eigenartiges Rechtsgebilde ist, gekennzeichnet einmal dadurch, daß es ein Leistungsgeschäft ist, also geschlossen wird, um Verbindlichkeiten zu erfüllen, nicht, um solche zu erzeugen, und sodann dadurch, daß es für sich Rechtswirkungen nicht hervorzubringen vermag, vielmehr nur als ein gleichwertiges Erfordernis in Verbindung mit der Eintragung bzw. der Uebergabe den Erfolg der Rechtsänderung herbeiführt."

Es würde zu weit führen, wenn die Anhänger der herrschenden Lehre noch alle zu Worte kommen sollten. Darum mag die vorstehende kurze Uebersicht über die über die Einigung bestehenden, bisher angeführten Ansichten, welche Anspruch auf Vollständigkeit nicht erhebt, genügen. Das Gegebene wird immerhin ausreichen, um zu erhellen, daß der Streit über die hier angeschnittene Frage noch fortwährt. Die Uebersicht zeigt weiter, wie sehr es heute noch immer an einer scharfen Abgrenzung des Inhalts- und Anwendungsgebietes der Begriffe Rechtsgeschäft und Vertrag gebricht. Ganz willkürlich werden die Grenzen beider Begriffe bald weiter, bald enger gezogen.

---

[1]) cf. Predari, Grundbuchordnung 1907 2. Abschnitt II, S. 109ff., cf. auch Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts 9. Aufl. II S. 88 u. 97 Anm. 8.

Man wird angesichts dieser Tatsache vor die Frage gestellt, wie man wohl am sichersten zu einer klaren Erkenntnis der vorgenannten Grundbegriffe gelangen könne. Eine knappe und richtige Antwort auf die Frage nach einer gesunden juristischen Begriffsbestimmung gibt uns Sohm[1]) in seinem Aufsatze „Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung". Sie lautet in Sohms eigenen Worten[2]): „Die Bildung der Grundbegriffe muß genau in der gleichen Weise geschehen, wie die Bildung der Sonderbegriffe. Es sind die Rechtssätze aufzusuchen und namhaft zu machen, nach deren Maßgabe und in deren Sinn der Grundbegriff zu bestimmen ist. Erst wenn die grundlegenden Rechtssätze gefunden sind, kann von einer wissenschaftlichen Bestimmung des Grundbegriffs, von einer Ueberwindung der gegenwärtigen tumultuarischen Art der Begriffsbildung die Rede sein. Die Grundbegriffe wohnen in den Tiefen des Rechts, die von Wind und Wellen der Gegenwart nicht bewegt werden. Auf dem Gebiet der Sonderbegriffe herrscht schnelles Leben. Sie gehorchen der Hand des Gesetzgebers. Die Grundbegriffe aber sind von eherner, den Jahrhunderten trotzender Dauerkraft. Ihre Umbildung ist eine allmähliche, kaum wahrnehmbare, in Weltperioden sich vollziehende. Sie gehorchen lediglich den elementaren Naturkräften, welche die ganze Rechtswelt auf ihren Schultern tragen, den innersten Rechtsüberzeugungen der Nation, die aus der Entwicklungsstufe des Volkslebens mit Notwendigkeit hervorgehen. Dem Gesetzgeber gehorchen sie nicht. Im Gegenteil, der Gesetzgeber gehorcht ihnen. Was das Bürgerliche Gesetzbuch uns gibt, das sind nicht neue Grundbegriffe, aber neuer Stoff, an dessen Hand die Grundbegriffe des Privatrechts überhaupt entwickelt werden können. Eine Fülle von präzis gefaßten Einzelrechtssätzen ist da. Ein reich entfaltetes System positiver Vorschriften tritt uns entgegen. Die Klarheit, die Vollständigkeit, die Entwicklungsstufe unseres Privatrechts ist eine ganz andere geworden als zuvor. Jetzt haben wir festen Grund unter unseren Füßen: alle diese ins einzelne gehenden Vorschriften, in denen die Grundgesetze des Privatrechts ausgebreitet vor uns liegen. Es ist nicht ein neuer Geist, der diese Paragraphen nach freiem Belieben gestaltet hätte. Der Geist der Jahrhunderte ist in ihnen. Er redet aber jetzt lauter und vernehmlicher. Die uralten Geheimnisse des Privatrechts kommen durch die Rechtssätze des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Aussprache. Man muß nur hören können, welche Melodie aus dem Rauschen dieses Paragraphenmeeres zu uns emporsteigt."

---

[1]) Abgedruckt in Bd. 28 Heft 2 im Archiv für bürgerliches Recht 1906 S. 173—206.

[2]) cf. Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 28 Heft 2 S. 175, 176, 177 u. 178.

Der vorgezeichnete Weg, den wir hiernach einschlagen müssen, ist kein bequemer. Er ist noch wenig betreten und daher mühevoll und für die Kräfte eines bescheidenen und ungeübten Wanderers nicht leicht, denn er führt über steile Höhen und mitten durch ein Labyrinth von wissenschaftlichen Kontroversen hindurch, die seine Bahn verwischen. Aber tüchtige Führer stehen uns in Sohm und Manigk zur Seite und weisen uns den Weg.

So sind uns außer der bereits zitierten Arbeit Sohms „Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung", dessen tiefgründige Untersuchung: „Der Gegenstand" [1]) und ferner das eingehende Werk Manigks: „Willenserklärung und Willensgeschäft" [2]) für unsere Arbeit von unschätzbarem Wert. Die Begriffe des Rechts ergeben sich nach Manigk allein aus den Rechtssätzen des BGB. [3]) Seine Methode der Begriffsbestimmung deckt sich also mit der von Sohm empfohlenen.

Unsere Aufgabe wird nunmehr sein, die einzelnen Rechtssätze, welche das BGB. für alle Rechtsgeschäfte bez. Verträge des Privatrechts aufstellt, aufzufinden. Erst nachdem uns dies gelungen ist, werden wir uns an die juristische Konstruktion der Begriffe wagen können. Ehe wir aber hierzu übergehen, erscheint es mir angezeigt, vorerst noch eine knappe Skizze von der Entstehungsgeschichte der Begriffe zu geben, die sich dem Rahmen der Arbeit entsprechend nur auf einige dürftige Andeutungen beschränken muß.

---

[1]) Erschienen in der Festgabe für Heinrich Degenkolb zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum unter dem Titel: „Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht", Duncker & Humblot, Leipzig 1905.

[2]) Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Ein System der juristischen Handlungen von Alfred Manigk, Berlin 1907. Verlag von Franz Vahlen.

[3]) cf. hierzu Manigks treffliche Ausführungen auf S. 9—27, ferner seine Bemerkungen über die von ihm geübte Methode der Begriffsbestimmung auf S. 113, 114, 124, 148, 177 u. a., ferner auch seinen Aufsatz „Zum Begriff des Rechtsgeschäfts", der klar und präzis seinen Standpunkt darlegt (Deutsche Juristenzeitung, VII. Jahrgang, Nr. 12, S. 279—282), wie die einleitenden Bemerkungen seines Werkes: „Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte" (Band 5 von Leonhards Studien).

II. Begriff des Vertrags.

§ 2.

1. Allgemeines vom Rechtsgeschäfts- und Vertragsbegriff.

I. Einer Definition der Begriffe Rechtsgeschäft und Vertrag enthält sich das BGB. Falsch wäre es jedoch, wenn man hieraus etwa den Schluß ziehen wollte, daß das BGB. jeder Terminologie abhold sei und auf demselben Standpunkt wie Schloßmann[1] stehe, der den Begriff Rechtsgeschäft als scholastisches Gebilde ohne dogmatische Brauchbarkeit hinstellt. Gerade das Gegenteil ist richtig, wofür ja auch schon der äußere Umstand spricht, daß im allgemeinen Teile des BGB. ein ganzer Abschnitt den Rechtsgeschäften und ein Titel dieses Abschnittes dem Vertrage gewidmet wird. Der Grund für das Fehlen[2] der Begriffsbestimmungen im Gesetze dürfte vielmehr der sein, daß der Gesetzgeber auf dem Standpunkt steht, es sei Sache der Wissenschaft, das Wesen dieser Begriffe zu finden. Diese Stellungnahme des Gesetzgebers ist seinerzeit von der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs zum BGB. ausgesprochen worden[3], als man sich entschloß, die ursprünglich als „Vertrag" im ersten Entwurf bezeichnete Willenseinigung der Parteien über die dingliche Rechtsänderung als „Einigung" zu bezeichnen.

II. Historisch[4] ist der Begriff „Vertrag", der bei weitem ältere von beiden Begriffen.

[1] cf. Schloßmann, Der Vertrag, 1879 S. 133.

[2] Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch hat als erste Kodifikation des bürgerlichen Rechts den Begriff Rechtsgeschäft seinem System zugrunde gelegt. Es definiert in § 88 den Begriff wie folgt: „Geht bei einer Handlung der Wille darauf, in Uebereinstimmung mit den Gesetzen ein Rechtsverhältnis zu begründen, aufzuheben oder zu ändern, so ist die Handlung ein Rechtsgeschäft." Der Gedanke, im Gesetz Begriffsbestimmungen eine bestimmte Fassung zu geben, ist nicht glücklich. cf. hierzu die Vorbemerkungen in Zitelmanns „Rechtsgeschäfte im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich" in den Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs usw. 7. Heft S. 19 ff.

[3] cf. Protokolle der Kommission 2. Lesung Bd. III Prot. 83 S. 59.

[4] cf. Die ausführliche Darstellung über die Entwickelung der Begriffe „Willenserklärung und Rechtsgeschäft" bei Manigk „Willenserklärung und Willensgeschäft" S. 27 ff. und die kurzen Bemerkungen bei Breit, Das einseitige Rechtsgeschäft, Bd. 13 d. Sächs. Arch. S. 283 ff.

Die Römer haben ihn definiert als duorum plurium ve in idem placitum consensus (L 1 § 2 D de pactis 2, 14 Ulpian). Dem heutigen Vertragsbegriff entspricht trotz dieser allgemein lautenden Definition dieser römische Begriff des pactum nicht. Der römische Begriff ist verhältnismäßig eng und beschränkt sich auf die dem Obligationenrecht angehörenden Vereinbarungen. Der Rechtsgeschäftsbegriff war den Römern noch gänzlich unbekannt.

Erst die gemeinrechtliche Doktrin hat aus dem Vertragsbegriff heraus den Rechtsgeschäftsbegriff entwickelt. Hugo gebührt das Verdienst, den Ausdruck „Rechtsgeschäft" geprägt zu haben. Einen festen Begriff verband er mit dieser Bezeichnung noch nicht. Ansätze zu einer Begriffsbildung finden sich aber schon bei Thibaut, von Hartitzsch und Puchta. Thibaut versteht unter rechtlichen Geschäften Willenshandlungen, die die Begründung rechtlicher Verhältnisse bezwecken; von Hartitzsch bezeichnet als Rechtsgeschäft jede die Begründung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses bezweckende Willenshandlung, während Puchta lehrt: Rechtsgeschäfte sind Handlungen, deren Zweck und Absicht Rechtsverhältnisse sind. Als Schöpfer des modernen Rechtsgeschäftsbegriffes können sie deshalb noch nicht gelten. Dieser Titel gebührt allein Savigny. Ihm erst ist die Einbürgerung des Begriffes zu danken. Seit ihm haben wir erst eine mit der Rechtsgeschäftslehre sich befassende Literatur.

Savigny definiert im dritten Bande seines Systems des heutigen Römischen Rechts (1840, § 114 S. 98 ff.) sowohl den Rechtsgeschäfts- wie den Vertragsbegriff.

Unter Rechtsgeschäften und Willenserklärungen versteht er diejenigen juristischen Tatsachen, die nicht nur freie Handlungen sind, sondern in welchen zugleich der Wille des Handelnden auf die Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses unmittelbar gerichtet ist.

Seine Definition des Vertragsbegriffes lautet: Vertrag ist die Vereinigung mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden.

Beim Rechtsgeschäft hebt Savigny drei Momente hervor: den Willen, die Erklärung des Willens und die Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung. Er unterscheidet scharf den inneren Willen von den äußeren, zum Zwecke seiner Erkenntnis gesetzten Zeichen, der Erklärung. Er betont, daß die Erklärung sich an andere richte, also die Vermittlerin zwischen Menschen und Menschen sei.

Savigny ist auch der erste gewesen, der den Vertragsbegriff im Gegensatz zu der damals herrschenden Ansicht nicht auf das Obligationenrecht beschränkt, sondern auf alle Rechtsgebiete ausgedehnt wissen wollte, und dieser Ansicht zum Siege verholfen hat. Er hat den Begriff des „Dinglichen Vertrages" anläßlich eines gemeinrechtlichen Streites über die Tradition eingeführt.

Er erklärte die Tradition für einen wahren Vertrag, da sie alle Merkmale des Vertragsbegriffes an sich trage; denn sie enthalte von beiden Seiten die auf gegenwärtige Uebertragung des Besitzes und des Eigentums gerichtete Willenserklärung und es würden durch sie auch die Rechtsverhältnisse der Handelnden neu bestimmt. Diese Willenserklärung für sich allein genüge zwar nicht zur vollständigen Tradition, sondern es müsse noch die wirkliche Erwerbung des Besitzes als äußere Handlung hinzutreten. Dadurch werde jedoch das Wesen des zugrunde liegenden Vertrags nicht aufgehoben. Auch die Entstehung der Servituten, der Emphyteuse, der Superficies und des Pfandrechts sei auf Vertrag zurückzuführen. In allen diesen Fällen werde die Vertragsnatur der Handlung meist übersehen, weil man sie nicht gehörig vom obligatorischen Vertrage unterscheide, welcher jene Handlung gewöhnlich vorbereite und begleite. Wenn z. B. ein Haus verkauft werde, denke man gewöhnlich an den obligatorischen Kauf: allein man vergesse, daß die nachfolgende Tradition auch ein Vertrag sei, und zwar ein von jenem Kaufe ganz verschiedener, nur durch ihn notwendig gewordener. Die Verwechslung werde recht anschaulich gemacht durch die seltenen Fälle der Tradition ohne Obligation[1]).

Die gemeinrechtliche Wissenschaft hat den Savignyschen Gedanken fortgebildet. Das aus heißem Kampfe siegreich hervorgegangene Resultat dieser Forschung hat zu dem Rechtsgeschäftsbegriff geführt, der in das BGB. Aufnahme gefunden hat. Die Entwicklungsgeschichte des Begriffes in ihren einzelnen Fasen hier wiederzugeben, würde über den Rahmen unserer Arbeit hinausgehen. Auch besteht hierzu mit Rücksicht auf die knappe und hierbei ziemlich erschöpfende Darstellung der hauptsächlichsten Kontroversen des Rechtsgeschäftsbegriffes, die uns Stöver[2]) in seiner Arbeit über die Einigung im Sachenrecht gegeben hat, und mit Rücksicht auf die ausführliche Entwicklungsgeschichte[3]) des Begriffes Willenserklärung in Manigks „Willenserklärung und Willensgeschäft“ kein Bedürfnis mehr.

Der Begriff, der dem Gesetzgeber bei Aufstellung der Rechtssätze über Rechtsgeschäfte vorgeschwebt hat, ist im ersten Band der Motive S. 126 wiedergegeben. Hiernach ist Rechtsgeschäft „eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung eintritt, weil er gewollt ist“. Das Wesen des Rechtsgeschäfts wird nach den Motiven mithin darin gefunden, daß ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteter Wille sich betätigt

[1]) cf. Savigny a. a. O. §§ 140, 141 III. Bd. S. 307 ff. und Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts II Bd. 11 S. 449 ff.

[2]) cf. Archiv f. b. R. Bd. 26 S. 151 ff.

[3]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 27—150.

und daß der Spruch der Rechtsordnung in Anerkennung dieses Willens die gewollte rechtliche Gestaltung in der Rechtswelt verwirklicht.

Die heutige Wissenschaft erkennt den Begriff der Motive keineswegs einmütig an. Insbesondere bietet Anlaß zu berechtigtem Tadel der Umstand, daß der Begriff nicht scharf den Unterschied zwischen Rechtsgeschäft und Willenserklärung klarstellt, welche Unklarheit auch ins Gesetzbuch durch die ganz willkürliche Verwendung der beiden Begriffe im Sprachgebrauche des BGB. Eingang gefunden hat. Einen Mangel anderer Art, der aber auch für unsere Betrachtung von Interesse ist, rügt Wunderlich [1]). Er tadelt, daß die Definition der Motive nur der des Gattungsbegriffes „Rechtsgeschäft" und nicht der des Artbegriffes, mit dem es doch das Privatrecht vorwiegend zu tun habe, gerecht werde. Er schlägt deshalb vor, das Rechtsgeschäft des Privatrechts wie Sohm zu definieren als die vom Recht zu willensgemäßer privatrechtlicher Wirkung bestimmte Willenserklärung der Privatperson.

III. Den Begriff der Motive nimmt Stöver [2]) zum Ausgangspunkt seiner Untersuchung. Er lobt an ihm, daß in ihm klar zum Ausdruck komme, daß der Eintritt der Rechtsfolge mit zum Rechtsgeschäftsbegriff gehöre, sowie daß das Wollen der Rechtsfolge Tatbestandsmerkmal sei. Er bemängelt dagegen, daß die Definition Zweifel darüber lasse, ob der Rechtserfolg sofort bei Geschäftsabschluß eintreten und ob die Willenserklärung den rechtlichen Erfolg allein herbeiführen müsse. Seine ganz auf Zitelmann [3]) basierende Untersuchung führt zur Verneinung beider Fragen. Er führt aus: ein Rechtsgeschäft bez. ein Vertrag sei auch dann vorhanden, wenn sich eine gewollte Rechtsfolge an einen Gesamttatbestand knüpfe, welcher aus der auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichteten Willenserklärung und einem oder mehreren Tatumständen, sog. objektiven Voraussetzungen der Wirksamkeit [4]), zusammengesetzt sei. Rechtsgeschäft bez. Vertrag sei dann nicht der Gesamttatbestand, sondern schon die

---

[1]) cf. Wunderlich, Eintragungsbewilligung des heutigen Grundbuchrechts, Leipzig 1906, S. 76 f; auch Manigk, Anwendungsgebiet d. Vorschr. f. Rechtsgesch. S. 19 und Anm. 2 auf S. 19.

[2]) cf. Stöver, Arch. f. b. R. Bd. 26 S. 157—161.

[3]) cf. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879, insbesondere S. 281 ff., 288, 293 ff., ferner seine „Rechtsgeschäfte im Entwurf usw.", 7. Heft der Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs usw. III 1—4 S. 30 ff.

[4]) Als solche objektive Voraussetzung bezeichnet Stöver u. a.: eine Tatsache, wie Zeitablauf, Tod (z. B. beim Testament Tod des Testators); ferner eine Privathandlung der Beteiligten, der gesetzlichen Vertreter oder dritter Personen, z. B. Bestätigung, Zustimmung oder eine Amtshandlung der Staatsorgane; Mitwirkung von Urkundspersonen, Eintragung in öffentliche Bücher und Register usw. cf. Stöver, Arch. f. b. R. Bd. 26 S. 157.

Willenserklärung allein, welche der Kern des Gesamttatbestandes sei. So sei es bei den Rechtsgeschäften bez. Verträgen, die der Einwilligung bez. Genehmigung dritter Personen bedürften, bei den bedingten, befristeten Rechtsgeschäften, beim Testament, das erst mit dem Tod des Erblassers Rechtswirkungen habe. In all den Fällen mit zusammengesetzten Tatbeständen sei also die Willenserklärung kraft positiver Bestimmung des Rechts zwar nur eine, aber auch die grundlegende Voraussetzung für den Eintritt der Rechtswirkung. Gleichwohl sei aber das Rechtsgeschäft an sich vorhanden. Das Ausstehen weiterer vom objektiven Recht verlangter Voraussetzungen bedinge nicht das Dasein des Rechtsgeschäfts, sondern nur, daß das an sich vorhandene Rechtsgeschäft auch die beabsichtigte Wirkung habe. So sei z. B. ein Testament[1]) schon vom Momente seiner Errichtung an ein Rechtsgeschäft, und zwar ein vollendetes, nur mit unvollendetem Tatbestand der Rechtswirkung.

Es bedarf noch einiger Worte der Rechtfertigung, warum wir den Stöverschen Standpunkt in dieser Vorbetrachtung, deren Aufgabe sich mit der Wiedergabe eines knappen, historischen Ueberblicks über die Begriffe Rechtsgeschäft und Vertrag erschöpfen sollte, skizziert haben.

Es ist dies geschehen zur Erleichterung unserer unser noch harrenden Aufgabe, und zwar ist es die von Stöver vorgenommene Verengerung des Rechtsgeschäftsbegriffes, auf die es uns ankommt.

Stöver unterscheidet beim Rechtsgeschäft zwei Tatbestände, den Tatbestand der Rechtshandlung und den der Rechtswirkung. Er tritt dafür ein, schon ersteren, die Handlung der Privatperson, die Abgabe der Willenserklärung, als Rechtsgeschäft zu bezeichnen, ganz unerwartet des Eintritts der beabsichtigten Rechtsfolge. Er zählt also den Eintritt der Rechtsfolge nicht mit zum Tatbestande dieses seines hiernach verengerten Rechtsgeschäftsbegriffes, ohne damit etwa die Rechtsfolge ganz aus dem Begriff auszuscheiden. Denn die Rechtsfolge bleibt ihm trotzdem noch wesentlich, nämlich für den Tatbestand der Rechtswirkung, der nur das Dasein des verengerten Rechtsgeschäfts nicht bedinge. Ein von Zitelmann gebrauchter Vergleich dürfte das Verständnis des zuvor Ausgeführten erleichtern. Zitelmann entwickelt, um die Erscheinungsformen des Rechtsgeschäfts im weiteren und engeren Sinne klar

[1]) Man war sich in der gemeinrechtlichen Literatur besonders darüber nicht klar, ob das Testament bereits vor dem Tode des Testators als Rechtsgeschäft angesehen werden dürfe, trotzdem es doch zunächst noch keine Rechtswirkungen erzeuge, oder nicht. Man stritt heftig darüber, ob ein widerrufenes Testament überhaupt jemals ein Rechtsgeschäft gewesen sein könne. Die Trennung von Rechtsgeschäftshandlung und Rechtsfolge hat diese Zweifel heraufbeschworen. Es genügt, an Zimmermann, Eisele, Karlowa, Bruns und Zitelmann zu erinnern.

zu machen, folgende Gedankenreihe[1]): „Wenn ich einen Mord begehe, so ist die schließliche Wirkung der Tod des Menschen. Als die Ursache sehen wir mein Tun an, aber weder dieses Begehen der Handlung ist der Mord selbst. — Morden ist nicht Mord; noch ist die Wirkung der Handlung Mord. — Sterben und Gemordetsein ist nicht Mord. — Der Mord ist vielmehr meine Tätigkeit als Ganzes, als Objekt betrachtet. So wie Morden, Mord, Gemordetsein oder vielmehr Sterben, so verhält sich nun auch die Errichtung des Rechtsgeschäfts, das Rechtsgeschäft selbst und die Wirkung des Rechtsgeschäfts begrifflich zueinander. Den Namen Rechtsgeschäft verdient demnach schon die auf das Eintreten der gewollten Rechtswirkung gerichtete Willenserklärung, da auch diese die Zweiseitigkeit als Vorgang des Erklärens und als gedachtes Ganzes hat.“ Es wird uns durch die Bemerkung Zitelmanns erst recht klar, daß wir zwei Rechtsgeschäftsbegriffe auseinanderhalten müssen, den des Rechtsgeschäfts im weiteren von dem des Rechtsgeschäfts im engeren Sinne, für die der Sprachgebrauch keinen Unterschied kennt. Das Rechtsgeschäft im weiteren Sinne charakterisiert sich dadurch, daß es zur Bedingung seiner Existenz die Verwirklichung sämtlicher Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtswirkung macht, während das Rechtsgeschäft im engeren Sinne zum Dasein nur das Vorhandensein der Begriffserfordernisse, die das Rechtsgeschäft speziell zu einem Rechtsgeschäft machen, verlangt. Es ist klar, daß für unsere Betrachtung nur letzterer Rechtsgeschäftsbegriff von Wert ist, weil er sich auf die rechtserzeugenden Faktoren allein beschränkt.

Wir können daher ruhig hier noch die Frage offen lassen, inwieweit Stöver Recht hat, wenn er dem Willensmoment im Rechtsgeschäftstatbestand allein den Charakter eines rechtserzeugenden Faktors beimißt und daher mit der Existenz desselben schon das Dasein des Rechtsgeschäfts im engeren Sinne bejaht. Denn trotz dieses Vorbehalts werden auch wir für eine Verengerung des Rechtsgeschäftsbegriffes in seinem Sinne eintreten können. Wir geben Stöver z B. vollkommen darin recht, wenn er das Testament schon vom Momente seiner Errichtung an als ein Rechtsgeschäft, und zwar als ein vollendetes behandelt wissen will. Nur weil wir späterer Untersuchung noch vorbehalten wollen, ob wir als Kern des Rechtsgeschäfts auch nur die Privatwillenserklärung allein ansehen müssen, geben wir dem Grundgedanken der Stöverschen Ansicht, dem wir beipflichten, eine uns richtiger erscheinende Fassung. Wir modifizieren ihn dahin: Der Name Rechtsgeschäft kommt zu nicht nur dem wirksam gewordenen Rechtsgeschäft (Rechtsgeschäft im weiteren Sinne), sondern auch schon dem die Entstehung der beabsichtigten

[1]) cf. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 289 ff.

Rechtsfolge begründenden Verhalten der Privatperson (Rechtsgeschäft im engeren Sinne).

Das Rechtsgeschäft im engeren Sinne ist es, mit dem wir es in folgendem vorwiegend zu tun haben werden. Auf diese Verengerung des Rechtsgeschäftsbegriffes hinzuweisen, war der Zweck dieser Abschweifung.

§ 3.

2. Der Rechtsgeschäftsbegriff insbesondere.

a) Kritik der Ansicht Manigks.

Wir stehen nunmehr vor der schwierigen Aufgabe, aus den Rechtssätzen des BGB. heraus den Rechtsgeschäftsbegriff (und zwar den im Vorstehenden bezeichneten Rechtsgeschäftsbegriff im engeren Sinne) zu bestimmen.

Am besten vertrauen wir uns hierbei zunächst der Führung Manigks an. Manigk beschäftigt sich schon länger als ein Jahrzehnt damit, die Grenzlinie des Rechtsgeschäftsbegriffes zu finden. In seinem jüngsten, umfassenden Werke „Willenserklärung und Willensgeschäft" tritt er mit einer seiner Ansicht nach endgültigen Lösung dieses Problems hervor.

Manigks Untersuchung gipfelt in folgenden Sätzen: Rechtsgeschäft ist die juristische, d. h. rechtlich bedeutsame Handlung, der der in äußerem Verhalten zur Vollendung gekommene Erfolgswille wesentlich ist[1]). Dadurch, daß der Erfolgswille gefordert wird, wird das Rechtsgeschäft zu einem dienstbaren Mittel in der Hand des Menschen zur Bewirkung gewisser, vom Recht in Aussicht gestellter Wirkungen[2]). Die Rechtswirkungen müssen vom Handelnden daher gewollt sein, d. h. der Handelnde muß durch den Inhalt seiner Absicht den Tatbestand eines Rechtsgeschäfts unzweideutig konkretisiert haben[3]). Es ist nicht nötig, daß gerade die Rechtswirkungen beabsichtigt sind. Es genügt vielmehr, wenn nur die wirtschaftlichen Folgen einer Rechtswirkung gewollt sind. Denn diese bezeichnen die letztere meist unzweideutig. Ob die Parteien Eigentum übertragen oder nur die Sache derart übergeben wollen, daß der Empfänger sie immer für sich allein haben soll, ist gleichgültig. In beiden Fällen wird eindeutig das Rechtsgeschäft der Eigentumstradition bezeichnet, und es treten daher, wenn der ganze Tatbestand desselben verwirklicht ist, deren Folgen ein. Dabei müssen aber die wirtschaftlichen Folgen stets als auf dem Boden des Rechts eintretend gewollt sein. Das Für-sich-allein-haben in jenem Beispiel muß als ein rechtlich gewährleistetes und geschütztes er-

[1]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 639.
[2]) cf. Manigk, Anw. d. Vorschr. f. Rechtsgesch. S. 20 ff.
[3]) cf. Manigk, Anw. d. Vorschr. f. Rechtsgesch. S. 80, 81.

strebt werden. Der Erfolgswille, die innere auf den Rechtserfolg gerichtete Absicht, ist der Kern des Rechtsgeschäftsbegriffes, nicht die Willenserklärung [1]. Der Erfolgswille kann erklärt sein, braucht es aber nicht, so namentlich bei der Okkupation und Dereliktion. Es genügt in solchen Fällen, daß der innere Erfolgswille wesentlich ist. Eine Willenserklärung ist nur notwendig, wenn die Rechtswirkungen eine fremde Rechtssphäre berühren, andernfalls genügt der Erfolgswille. Man muß daher bei den Rechtsgeschäften Erklärungs- und Willensgeschäfte unterscheiden. Das Willensgeschäft ist eine in einer rechtsgeschäftlichen Absicht vorgenommene Handlung, deren Wirkung eine rechtsgeschäftliche ist, weil sie durch den Willen des Handelnden diktiert wird und nicht ohne ihn eintritt. Das Erklärungsgeschäft (rechtsgeschäftliche Willenserklärung) ist hingegen eine in einer rechtsgeschäftlichen Absicht vorgenommene, diese den Beteiligten kundtuende Erklärung [2]. Wenn es hiernach nicht zum Wesen des Rechtsgeschäftsbegriffes gehört, daß eine Willenserklärung vorliegt, so ist umgekehrt nicht jede Willenserklärung, nicht jeder Erfolgswille, ein Rechtsgeschäft. Denn zum Rechtsgeschäftsbegriff gehört außer dem Willen noch dessen Fähigkeit, die gewollten Wirkungen zu erzeugen. Diese Kraft hat der bloße Wille an sich nicht, sondern nur dann, wenn ihm die Rechtsordnung diese Wirkung allein oder in Verbindung mit einem anderen Umstand, z. B. der der Erlangung der tatsächlichen Gewalt, beilegt [3].

So wertvoll und fruchtbar auch die Untersuchungen Manigks sind, so erscheinen sie m. E. doch insbesondere nach der Seite der von ihm geschaffenen Gruppe der Willensgeschäfte hin nicht unangreifbar [4]. Manigk grenzt die Willensgeschäfte folgendermaßen ab [5]: Ein Willensgeschäft findet nach ihm statt,

I. wenn eine fremde Rechtssphäre nicht berührt wird,
  1. Aneignung,
  2. Dereliktion;

II. wenn eine fremde Rechtssphäre zwar berührt wird, aber ein Erklärungsinteresse dennoch ermangelt, und zwar:
  1. ex voluntate
    a) wegen Verzicht des Betroffenen,
    b) bei Gestattung der Vornahme gewisser Handlungen, z. B. der Aneignung gemäß § 700 Satz 2,

[1] cf. Manigk, Anw. d. Vorschr. d. Rechtsgesch. S. 19 ff. und S. 184 ff., insbes. S. 21 und 22 und Anm. 1 auf S. 21 und 22.

[2] cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 450.

[3] cf. Manigk, Anw. d. Vorschr. f. Rechtsgesch. S. 191 ff., auch S. 7 ff.

[4] cf. Friedrich Eberhardt Bruck, „Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte", ersch. als 13. Heft von Leonhardts Studien § 34, S. 173—175, der sich mit der Unterordnung der Okkupation und Dereliktion unter den Rechtsgeschäftsbegriff nicht einverstanden erklärt, ohne jedoch sachlich dem Standpunkt Manigks zu widersprechen.

[5] cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 552 ff.

2. ex usu bei entgegenstehender Verkehrssitte,
3. ex lege (mit verschiedenen Gründen für den Mangel des Erklärungsinteresses):
   a) Erbschaftsannahme,
   b) Anerkennung der Ehelichkeit,
   c) Kauf auf Probe,
   d) Zustimmung,
   e) Geschäftsführung in Zuwendungsabsicht,
   f) Eigenbesitzerwerb,
   g) Aneignung und Dereliktion einer belasteten Sache.

Der Fehler, in den Manigk m. E. verfällt, liegt wohl darin, daß er ohne zwingenden Grund die Okkupation, die Dereliktion und den Eigenbesitzerwerb unter den Rechtsgeschäftsbegriff zu zwängen sucht. Der hohe Wert der Manigkschen Untersuchungen, der in der richtigen Würdigung des inneren Erfolgswillens und in der Widerlegung der unheilvollen Lehre von der Unerheblichkeit innerer Tatsachen besteht, würde auch bei Aufgabe dieser drei Rechtshandlungen als Rechtsgeschäfte und bei Verengerung der Grenzen des Artbegriffes „Willensgeschäfte“ [1] keinen Abbruch erleiden. Warum wir die Rechtsgeschäftsnatur der Aneignung, der Dereliktion und des Eigenbesitzes nicht anerkennen können, bedarf noch der Begründung.

Zur Klarstellung seiner Ansicht, daß die Aneignung ein Rechtsgeschäft sei, führt Manigk auf Seite 34 seiner Arbeit „Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte“ folgendes Beispiel an, auf welches er sich auch in seinem Werke „Willenserklärung und Willensgeschäft“ bezieht. A. apprehendiert eine von B. verlorene Sache mit Aneignungswillen, da er sie irrtümlich

[1] Fallen die Aneignung, die Dereliktion und der Eigenbesitzerwerb aus der Kategorie der Willensgeschäfte heraus, so mag vielleicht die Frage eine gewisse Berechtigung haben, ob es der wenigen verbleibenden Rechtsgeschäfte zuliebe erst der Prägung eines neuen Artbegriffes der Rechtsgeschäfte bedarf, zumal Manigk selbst zugibt, daß diese Rechtsgeschäfte teilweise nur zuweilen als Willensgeschäfte auftreten. Trotzdem bin ich der Ansicht, daß man ohne den Begriff Willensgeschäfte nicht gut auskommen kann. Denn es wird sich an der Rechtsgeschäftsnatur gewisser Willensgeschäfte, so z. B. der Anerkennung der ehelichen Kindschaft im Gegensatz zu der unehelichen, nicht rütteln lassen. Bei ihr bedarf es nur der Verwirklichung des Anerkennungswillens durch Anmeldung auf dem Standesamt oder Ausübung der väterlichen Gewalt. cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 521 ff., ferner S. 716—720, und über die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft, S. 720 -723. Die Zukunft wird zeigen, daß die Einführung des Begriffs Willensgeschäft notwendig ist, da wir schon bisher die Willensgeschäfte als Rechtsgeschäfte anzuerkennen uns gezwungen sahen, ohne daß wir uns das Fehlen der Erklärung bei denselben richtig zu deuten wußten. Hier Klärung geschaffen zu haben, ist das große Verdienst Manigks. Die unter II 1[a], 2 und 3[c] von Manigk als Willensgeschäfte bezeichneten Willenshandlungen sind nur Bruchstücke von Verträgen, daher selbst noch keine Rechtsgeschäfte.

für derelinquiert ansieht. Der Eigentumsverlust des B. vollzieht sich hierauf mit dessen inneren Dereliktionsentschluß.

Manigk zieht aus diesem Beispiel nun folgende Schlüsse: Mit der nun perfekten Dereliktion durch B. erwürbe auf Grund seines früheren Aneignungswillens der Eigenbesitzer A. ohne eine Handlung und ohne erneuten inneren Entschluß Eigentum. Der Tatbestand der Okkupation verwirkliche sich hier sukzessiv, indem die Herrenlosigkeit der Sache zuletzt eintrete. Würde der Finder A. nun eine Eigentumshandlung vornehmen, so würde dies schon ein Ausfluß seines bereits rechtsgeschäftlich entstandenen Eigentums sein und nicht etwa die noch erforderliche Erklärung seines Okkupationsentschlusses. Dieser läge vielmehr in der Vergangenheit.

Trotzdem auch wir zu der gleichen Lösung gelangen werden, ist es doch eine andere rechtliche Beurteilung, die uns dazu führt. Mir scheint das Beispiel geradezu für die Unrichtigkeit der Manigkschen Auffassung zu sprechen. A. erwirbt durch die Aneignung der von ihm für derelinquiert gehaltenen, aber tatsächlich nur verlorenen Sache nicht, wie er beabsichtigt, Eigentum, sondern nur Eigenbesitz. Gibt B. später sein Eigentum an der verlorenen Sache auf, so wird A. auch nach unserer Ansicht damit sofort, sofern er noch Eigenbesitzer ist, Eigentümer, und zwar ohne weiteres, aber nicht, weil sein bei Besitzerlangung nur Eigenbesitz wirkender, an sich aber rechtlich unwirksamer Aneignungswille vorausging, sondern weil zu der Tatsache, daß A. noch z. Zt. der Dereliktion durch B. Eigenbesitz hatte und dieser Zustand noch anhielt, der weitere Umstand hinzutritt, daß die im Eigenbesitz befindliche Sache herrenlos geworden ist[1]). Der Grund für den Eintritt des Eigentums ist also nicht ein Eigentum begründender Willensakt, jedenfalls keinesfalls der frühere Aneignungswille, sondern das Zusammenwirken der beiden Tatsachen des noch bestehenden Eigenbesitzes und der eingetretenen Herrenlosigkeit der Sache. Aber auch da, wo der Eintritt des Eigentums sich an einen Willensakt unmittelbar anschließt, kann ich das Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Aneignung, eines Eigentumserwerbes kraft Rechtsgeschäftes nicht bejahen. Man denke nur an das Beispiel, welches Wolff in seiner Studie über den Mitbesitz[2]) anführt: A. hat eine herrenlose Sache in Fremdbesitz

[1]) A. A. Planck, Komm. 1906, S. 271 zu § 959 1b, wo es heißt: „Hat der Eigentümer die Sache weder im unmittelbaren noch im mittelbaren Besitz, so kann der Eigentümer auf das Eigentum nicht nach § 959 wirksam verzichten.“ Warum aber der Dieb und der Finder das Eigentum nicht, wenn die Sache herrenlos geworden ist, durch Aneignung, sondern nur durch Uebertragung resp. nach §§ 973, 974 erwerben können soll, ist nicht einzusehen.

[2]) cf. Der Mitbesitz nach dem BGB. von Martin Wolff. Iher. Jahrb. Bd. 44 S. 195 Anm. 137.

genommen. B. entwendet sie ihm in der Absicht, sie sich rechtswidrig anzueignen, wodurch B. Eigentum erlangt. Die Annahme, in dem Eigentumserwerb des B. ein Rechtsgeschäft zu erblicken, erscheint mir gewagt. Es prägt sich in diesem Beispiel m. E. deutlich aus, daß man doch wohl trotz der mit mathematischer Schärfe versuchten gegenteiligen Beweisführung Manigks [1]) zwischen dem rechtsgeschäftlichen Willen, Eigentum begründen und dem deliktischen, rein auf etwas Tatsächliches gerichteten Willen, nur die Stellung eines Eigentümers erlangen zu wollen, einen auch für das Zivilrecht erheblichen Unterschied machen muß. Der deliktische Aneignungswille wird übrigens auch von Manigk selbst unter Umständen zur Begründung einer Rechtsgeschäftswirkung für ungeeignet erklärt. Denn er sagt auf Seite 141 seiner Abhandlung „Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte": „Der bösgläubige Eigenbesitzerwerb könnte auch nicht einmal als unwirksames Rechtsgeschäft angesehen werden, da der Erwerber dieses Eigenbesitzes, insbesondere der Dieb, die von ihm erstrebte Folge — nämlich das, was juristisch als »Eigentum« bezeichnet wird — nicht als eine vom objektiven Recht gewährleistete Folge, nicht als eine Folge Rechtens, d. h. secundum ius, sondern contra ius erstrebt. Der Rechtsgeschäftsbegriff setzt aber voraus, daß der Handelnde den Erfolg als einen rechtlichen erstrebt. Der böse Glaube hebt, wenigstens dort, wo er nicht auf Irrtum beruht, daher die Rechtsgeschäftsqualität auf." Da aber m. E. B. auch dann Eigentum erwirbt, wenn die von A. in Fremdbesitz genommene Sache eine verlorene gewesen wäre und kurz nach der deliktischen — hier also nicht nur irrtümlich deliktischen — Aneignung des B. der Eigentümer der Sache diese durch inneren Dereliktionsentschluß derelinquiert hätte, so verstehe ich nicht, warum Manigk hier anders, als im Wolffschen Falle, entscheiden will. Meiner Ansicht nach besteht in beiden Fällen eine völlige Kongruenz der Willen,

[1]) cf. Manigk, Anw. der Vorschr. f. Rechtsgesch., S. 128—143. Manigk hat sich anläßlich auf Grund des Wolffschen Beispiels gegen ihn geäußerter Bedenken brieflich hierzu wie folgt ausgelassen: „Ein Delikt liegt in dem Falle nicht vor, da der Wille auf irrtümlicher opinio über die Herrenlosigkeit beruht. Wo kein Delikt, dort auch kein deliktischer Wille, höchstens deliktische Meinung. Das Gesetz läßt den Eigentumserwerb in diesem Falle aber auch nur secundum voluntatem, d. h. rechtsgeschäftlich eintreten, indem es sich sagt: Der auf irrtümlicher opinio non domini beruhende Erfolgswillen umfaßt natürlich auch den rechtsgeschäftlichen Erfolgswillen. M. a. W. Wer die Sache für sich erwerben wird, trotzdem er einen Eigentümer derselben annimmt, der will die Sache erst recht für sich, falls sie herrenlos wäre. Der Willensinhalt kann in diesem Falle vernünftig nur so analysiert werden. Die Wirkung tritt also nur mit Rücksicht auf diesen Willensinhalt ein, ist also rechtsgeschäftlich. Es fehlte jede ratio, hier eine ex lege-Wirkung zu konstruieren. Der Gesetzgeber läßt sich nur durch diesen Hauptwillen: sibi habere leiten; dieser Wille ist bei beiden opiniones derselbe. Daher sonderte ich von jeher opinio und animus, sonst verfällt man in Fiktionen."

und es muß, wenn der nicht auf Irrtum beruhende Deliktswille die Rechtsgeschäftsqualität der Handlung ausschließt, das gleiche auch gelten für den auf Irrtum beruhenden Deliktswillen. Letzterer unterscheidet sich m. E. von ersterem nur dadurch, daß er keine Deliktswirkungen zur Folge haben kann, welcher Umstand ihn aber doch deshalb nicht befähigen kann, nunmehr auch als rechtsgeschäftlicher Wille zu wirken.

Wenn daher, wie auch wir anerkennen, selbst durch deliktische Aneignung [1]), sofern nur später noch die Herrenlosigkeit der Sache hinzutritt, Eigentum erworben wird, so ist dies ein Beweis dafür, daß die Aneignung rechtlich nicht als Rechtsgeschäft beurteilt werden darf [2]). Die Rechtsfolge knüpft sich bei ihr gar nicht an den nach Ansicht des Handelnden vielleicht sogar vorhandenen rechtsgeschäftlichen Erfolgswillen an, sondern sie tritt kraft Rechtssatzes auch schon auf eine nicht rechtsgeschäftliche Willenshandlung hin ein. Zu ihrem Tatbestand genügt, wie wir bereits hervorgehoben haben, das Zusammentreffen der beiden Tatsachen: Eigenbesitz und Herrenlosigkeit der Sache. Wie der Eigenbesitz erlangt ist, ist gleichgültig, auch der deliktische Eigenbesitz genügt, denn es kommt nur darauf an, daß der Handelnde den tatsächlichen und nicht, daß er den rechtlichen Erfolg mit seinem Willen umfaßt.

Wir lernen in der Aneignung zum ersten Male einen Tatbestand mit einer sogenannten Willensausführungshandlung, der scharf vom Tatbestand eines Rechtsgeschäfts unterschieden werden muß, kennen. Der Unterschied einer solchen Rechtshandlung vom Rechtsgeschäft zeigt sich darin, daß die Willenshandlung in ihrem Tatbestand nicht, wie die im Rechtsgeschäftstatbestand, kraft ihrer selbst, sondern kraft ihres tatsächlichen Erfolges wirkt. Auch wenn also, wie dies bei der Aneignung zumeist der Fall sein wird, ein dem Erfolgswillen gleicher Wille im Tatbestand vorhanden ist, so führt nicht er die Rechtswirkung herbei, sondern dieselbe knüpft sich an die Tatsache des durch die Willenshandlung herbeigeführten Eigenbesitzes, sowie an die Herrenlosigkeit der Sache an. Man nennt derartige Rechtshandlungen

---

[1]) Es wird angenommen, daß ein gesetzliches Aneignungsverbot nicht besteht und auch kein fremdes Aneignungsrecht sonst verletzt wird. Mit anderen Worten: Die Fälle des § 958 Abs. 2 BGB., die Kober in von Staudingers Kommentar vom Jahre 1907 Bd. III S. 358 zu § 958 II 1a, b u. 2 aufführt, sollen ausgeschaltet bleiben, weil hier natürlich auch u. E. der Eigentumserwerb gesetzlich ausgeschlossen ist. Wir behaupten im obigen aber, daß die gestohlene Sache, sobald sie herrenlos geworden ist, taugliches Aneignungsobjekt für jedermann, auch für den Dieb ist, wenn sie nur sonst Gegenstand einer Aneignung sein kann und durch ihre Aneignung kein fremdes Aneignungsrecht verletzt wird.

[2]) cf. Sohm, Gegenstand, S. 11 Anm. 8 und S. 27 Anm. 9. A. M. v. Staudinger, Biermann, Leonhard. cf. Kober, von Staudinger, Kommentar zum BGB. 1907 S. 361 zu § 958 IV.

zum Unterschied von den Rechtsgeschäften Rechtshandlungen im technischen oder im engeren Sinne, auch schlechtweg „Rechtshandlungen“ [1]. Auch Manigk erkennt den Begriff Rechtshandlungen an[2]). Er erteilt ihnen das spezifische Merkmal, daß sie

[1]) So schlägt Aravantinos in seiner Abhandlung „Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht“ in Iher. Jahrb. Bd. 48 in Anm. 61 auf S. 136 vor: „Sofern die Handlungen von rechtlicher Bedeutung sind, könnte man sie in einen Oberbegriff Rechtshandlungen zusammenfassen (wobei zum Gegensatz zu den Rechtsgeschäften von Rechtshandlungen im engeren Sinne geredet werden könnte) und sie den unerlaubten Handlungen entgegenstellen. Gewöhnlich stellt man die Rechtshandlungen im engeren Sinne mit den unerlaubten Handlungen zusammen den Rechtsgeschäften gegenüber. Dies halten wir nicht für richtig, da es bei den unerlaubten Handlungen auf den Kausalnexus zwischen Wille und Erfolg ankommt, was bei den Rechtshandlungen nicht notwendigerweise zuzutreffen braucht. Allerdings könnte man dagegen einwenden, daß die Rechtswirkung bei einer unerlaubten Handlung sich nicht mit dem erstrebten Erfolg deckt und daß der erstrebte Erfolg nur eine Voraussetzung des Eintritts der Rechtswirkung bilde, welche Rechtswirkung ohne Rücksicht darauf, ob der Handelnde die Rechtswirkung wollte oder nicht, eintritt. Diese Verknüpfung von Rechtswirkung und Handlung ist aber auch den Rechtshandlungen im engeren Sinne gemein.“

[2]) Manigk sondert sie in drei Arten von Rechtshandlungen:

1. rein äußere Handlungen (wie Spezifikation, Fruchterwerb, Fund u. a.),
2. mit besonderen inneren Tatsachen verknüpfte Handlungen, und zwar:
   a) Fälle, in denen neben der äußeren gesetzlich fixierten Handlung selbständig eine innere Tatsache verlangt wird (Wohnsitzbegründung, Geschäftsführung),
   b) Handlungen, die sich lediglich als Perfektion einer auf ein äußeres Verhalten hinzielenden erheblichen inneren Tatsache (Gesinnung, Ueberzeugung, Wollen) darstellen, bei denen also gesetzlich der Handlungsakt nicht fixiert wird (Verzeihung, Zustimmung im Falle von § 1565, Anerkennung der unehelichen Vaterschaft).
3. Mitteilungen
   a) von Vorstellungen, Urteilen oder Ueberzeugungen (Vorstellungsmitteilungen),
      α) von Veranstaltungen oder Urteilen über äußere Geschehnisse und Tatsachen, die auch unwirklich sein können (Behauptungen, Kundgebungen, Anzeigen, Mitteilungen), Kundgebung der Unzufriedenheit, z. B. bei der Mängelrüge,
      β) von Ueberzeugungen (Anerkennung in den §§ 208, 1170),
   b) von einem Wollen (Willensmitteilungen): Mahnung, Aufforderung, Erbieten, Androhung, Beanstandung, Widerspruch u. a.

cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 652. cf. auch S. 643—742. cf. Tobias, Eigentumserwerb durch Verbindung, Arch. f. civ. Praxis, Bd. 94 S. 419 § 11, der der specificatio im allgemeinen sowohl den Rechtsgeschäfts- als den Rechtshandlungscharakter abspricht, weil sie lediglich ein juristischer Vorgang ohne irgendwelche subjektiven Beziehungen sei. Auch ein Wahnsinniger könne eine Spezifikation herbeiführen. M. E. ist diese Ansicht beachtenswert.

Handlungen mit rechtlichen Wirkungen enthielten, die ungewollt, rein ex lege eintreten, und sagt von ihnen im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften[1]): „Sie sollen kein Mittel zur Erzeugung von Rechtswirkungen sein, weswegen eben die Rechtsordnung hier den Erfolgswillen nicht verlangt, sondern die Rechtsordnung verfolgt mit den Rechtshandlungen eigene Zwecke, die ihren letzten Grund freilich wieder in allgemeiner Rücksicht auf die Rechtssubjekte haben; jedoch fragt die Rechtsordnung hier nicht danach, ob die sich an eine solche Handlung anschließenden Wirkungen den Beteiligten im speziellen Falle erwünscht sind. Die ex lege eintretende Wirkung einer Rechtshandlung kann im speziellen Falle dem Handelnden ebenso unerwünscht sein, wie dem Delinquenten die Schadenersatzpflicht oder die Strafe. Sowohl bei den unerlaubten Handlungen wie bei den Rechtshandlungen im engeren Sinne besteht zwischen der Absicht des Handelnden und dem Rechtserfolg kein Kausalzusammenhang.“ Unsere Ansicht ist von der Manigks nicht so verschieden, wie es den Anschein hat. Auch wir stehen auf dem Standpunkt, daß bei den Rechtshandlungen im engeren Sinne ein Kausalzusammenhang zwischen Absicht und Wirkung nicht besteht. Nur sind wir der Meinung, daß auch dort, wo der Wille in der als Willensausführungshandlung erscheinenden Rechtshandlung die äußere Gestalt des Erfolgswillens annimmt, eine Rechtshandlung vorliegen kann, weil eben hier der Wille nur scheinbar wirkt. Jede Willensausführungshandlung ist eine von einem Willen diktierte Handlung. So werden z. B. an den inneren Willen eines Finders fast ebensolche Anforderungen gestellt, wie an jemanden, der ein Rechtsgeschäft eingeht. Ist der Finder mit den Gesetzen vertraut, so kann sein Wille alle Rechtsfolgen gleich von vornherein mit umfassen. Vielleicht sind sie sogar das Motiv, weswegen er die Sache aufhebt und nicht einfach liegen läßt. Und doch wird

[1]) cf. Manigk, Das Anwendungsgeb. d. Vorschr. für Rechtsgesch. S. 187 f. Sehr klar charakterisiert Aravantinos die beiden Rechtsinstitute Rechtsgeschäft und Rechtshandlung. Er sagt auf Seite 136 a. a. O.: „Sie sind beide von Bedeutung als durch den Willen einer Person bedingte Tatsachen. Sie unterscheiden sich scharf voneinander dadurch, daß das Rechtsgeschäft eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Handlung enthält, wobei die Rechtswirkung deswegen eintritt, weil sie von dem Urheber des Rechtsgeschäfts gewollt ist, während die an die Rechtshandlung geknüpfte Rechtswirkung unabhängig ist von dem Umstande, ob der Wille auf ihre Herbeiführung gerichtet war. Daher ist beim Rechtsgeschäft der sog. innere Erfolgswille von Bedeutung; bei der Rechtshandlung ist es hingegen der durch den Willen bewirkte äußere tatsächliche Effekt, und zwar entweder der Vorgang der Herbeiführung des Effekts durch die Handlung oder der tatsächliche Effekt selbst.“ Die Aravantinossche Auffassung steht mit der von uns vertretenen in gar keinem Widerspruch. Im übrigen teilen wir aber die Ausführungen dieses Verfassers nicht, die Manigk richtig widerlegt.

man deshalb den Fund nicht als Rechtsgeschäft auffassen. Auch bei den als Rechtshandlungen im engeren Sinne unstreitig anerkannten Rechtshandlungen wird der Rechtserfolg dem Rechtssubjekt meist erwünscht sein. Denn das Gesetz hat ja die Wirkungen an diese Tatbestände geknüpft im Interesse des Handelnden, bez. des durch die Handlung Betroffenen.

Ebenso wie die Aneignung, ist ihr getreues Pendant, die Dereliktion, zu beurteilen [1]). Auch der Dieb, der durch die durch inneren Willensakt vollzogene Dereliktion des Eigentümers ohne sein Wissen Eigentümer [2]) der gestohlenen Sache geworden ist, derelinquiert, wenn er die gestohlene Sache mit dem Willen, sie nicht mehr als ihm gehörend zu besitzen, wegwirft, obwohl er hierbei gar nicht daran denken kann, Eigentum aufzugeben, weil er ja gar nicht weiß, daß er solches erlangt hat. Er tut dies vielleicht mit innerem Widerstreben und nur aus Furcht, sich durch die Sache zu kompromittieren; ja, er würde es vielleicht gar nicht tun, wenn er wüßte, daß er tatsächlich rechtlich Eigentümer der Sache geworden ist. Was also bei der Dereliktion wirkt, ist nicht der Wille, sondern der durch die Willensausführungshandlung herbeigeführte tatsächliche Erfolg. Die Rechtsfolge tritt auch hier nicht kraft Rechtsgeschäfts ein, sondern kraft Rechtsatzes. Es genügt das Zusammenwirken von Besitzverlust und Aufgabe des Eigenbesitzwillens [3]).

Der Erwerb des Eigenbesitzes kann gleichfalls nicht als Rechtsgeschäft aufgefaßt werden. Er ist stets nur Willensausführungshandlung, also eine Rechtshandlung, wo der Wille nur auf den tatsächlichen, nicht den rechtlichen Erfolg gerichtet zu sein braucht. Eigenbesitz ist, wie von Strohal [4]) ausgeführt wird, mit dem Bewußtsein, nicht Eigentümer zu sein, sehr wohl verträglich (cf. § 937 Abs. 2, 955 Abs. 1 Satz 2 BGB.); auch wer den Besitz in bewußt rechtswidriger Weise erlangt hat, ist, wenn sein Wille auf eigentumsgleiches Haben gerichtet ist, gemäß § 872 BGB. Eigenbesitzer, so z. B. der Dieb. Auch den Dieb treffen als Eigenbesitzer die Rechtswirkungen, deren Eintritt von

[1]) cf. Sohm, Anm. 18 auf S. 193 des 28. Bandes des Arch. für bürg. Recht. A. M. Kober, cf. v. Staudinger, Kommentar 1907 S. 362 zu § 959.

[2]) Es ist zu berücksichtigen, daß man immer nur eine fremde Sache sich aneignen und die eigene Sache preisgeben kann. Wer irrigerweise die eigene Sache, weil er sie für eine fremde herrenlose hält, sich aneignet, nimmt ebensowenig eine Okkupation vor, wie derjenige eine Dereliktion, der aus Irrtum eine fremde Sache derelinquiert.

[3]) Die Dereliktion eines Grundstückes ist dagegen anders zu beurteilen. Es gibt heute Aneignung und Preisgabe nur noch für Fahrnis. Anstatt der Preisgabe ist für das Grundstücksrecht das Rechtsgeschäft des Eigentumsverzichtes, welches dem bisherigen Recht unbekannt war, neu eingeführt worden. cf. Bendix, Verzicht auf das Eigentum am Grundstück, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 32 S. 160.

[4]) cf. Strohal, Sachbesitz, Iher. Jahrb., Bd. 38 S. 13 f.

dem Vorhandensein dieses besonders geeigenschafteten Besitzes abhängig ist. Daß der Dieb gemäß § 937 Abs. 2 BGB. vom Erwerb des Ersitzungsbesitzes ausgeschlossen ist, ändert an der Tatsache, daß er Eigenbesitz erwirbt, nichts. Die Notwendigkeit, den Erwerb des Eigenbesitzes überall da, wo nicht mit Rücksicht auf das gegnerische Interesse die Erklärung des animus domini zu erfolgen habe, und in dem von Manigk besonders hervorgehobenen Beispiel[1]), wo jemand eine fremde Sache in dem durch gewisse Umstände gerechtfertigten Glauben, sie sei derelinquiert, in Eigenbesitz nimmt, als Rechtsgeschäft behandeln zu müssen, vermag ich nicht einzusehen.

Hervorheben will ich noch einmal. Der Umstand, daß allerdings in den meisten Fällen bei den Rechtshandlungen Aneignung, Preisgabe und Eigenbesitz ein dem rechtsgeschäftlichen Willen völlig kongruenter Wille vorhanden sein wird, darf uns nicht veranlassen, anderer Meinung zu sein; denn, wie ich darzulegen versucht habe, ist ein solcher Wille nach dem Gesetz zur Erreichung des Rechtserfolgs nicht notwendig, sondern hierzu genügt auch schon ein Wille minderer Art. Auch der bloßer Deliktsabsicht entsprungene Wille genügt, da auch er den faktischen Effekt, an den sich die Rechtsfolge dann anschließt, herbeiführt. Das Gesetz macht bei den drei Rechtshandlungen Aneignung, Preisgabe und Eigenbesitzerwerb den Willen, wenn er auch in Gestalt des rechtsgeschäftlichen Erfolgswillens auftritt, nicht zum Ausgangspunkt der Rechtsänderung. Der Wille, der ja eben ein rechtsgeschäftlicher gar nicht zu sein braucht, wenn er nur den vom Gesetz als Tatbestandsmerkmal geforderten Effekt herbeiführt, bildet nur ein Wesenserfordernis zur Existenz des Tatbestandsmerkmals, an das das Gesetz zusammen mit den anderen Tatbestandsmerkmalen die Rechtswirkung knüpft. Beim Rechtsgeschäft muß der Grund der Rechtsänderung der Parteiwille sein; bei der Rechtshandlung, wenngleich sie mit rechtlichen Folgen kraft des Willens einer Person besteht, ist der Wille nicht der Grund der Rechtsänderung, sondern die Rechtsänderung knüpft sich kraft Gesetzes an den durch die Willenshandlung bewirkten Effekt, sofern die anderen, etwa erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen. Ich gebe zu, daß bei unserer Auffassung der Unterschied der beiden Rechtshandlungen Rechtsgeschäft und Rechtshandlung im engeren Sinn nicht in so wünschenswerter Klarheit wie bei der Scheidung Manigks hervortritt. Aber ich vermag mich trotzdem nicht Manigks Beweisführung zu beugen und halte es für unrichtig, wenn er sagt[2]): „Die Aneignung muß aber, da der animus domini als der auf

[1]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 547 ff.
[2]) cf. Manigk, Voraussetzungen des Eigenbesitzes. Arch. f. bürg. Recht, Bd. 25 S. 316 ff., insbes. S. 325.

den Eigentumserwerb gerichtete Wille im gesetzlichen Tatbestand gefordert wird, als Rechtsgeschäft angesehen werden, denn die Willensrichtung des Erwerbers ist bei der Aneignung ganz dieselbe, wie z. B. bei der Annahme einer schenkweise tradierten Sache; er muß die Sache als für sich erwerben wollen." Der animus domini, den ja auch nach Manigk der Dieb haben kann, erscheint mir zur Erreichung von rechtsgeschäftlichen Wirkungen nicht ausreichend, wenn er in deliktischer Absicht, d. h. in der Absicht, mit seiner Geltendmachung einen faktischen, dem Rechtserfolg gleichenden, dem Rechte aber direkt widersprechenden Erfolg herbeiführen zu wollen, sich äußert. Der Delinquent will nicht die Rechtswirkung, wenngleich er sie wünschen mag. Denn durch sein Handeln tut er dar, daß er das zur Erreichung von Rechtswirkungen verfehlteste Mittel wählt. Es ist ein Trugschluß, die Richtigkeit der Manigk'schen Ansicht aus seinen folgenden Schlußfolgerungen herleiten zu wollen. Manigk sagt[1]: „Wer von einer Formvorschrift keine Kenntnis hat, wird Eigentum erstreben, es aber wegen Formmangels nicht erhalten. Wer eine tatsächlich nicht vorhandene Formvorschrift vermutet, wird, wenn er diese nicht erfüllt, nur die »Eigentumsstellung« erstreben und doch erlangt er das Eigentum, weil das Erwerbsgeschäft in Wirklichkeit formlos ist. Ob der Handelnde »als ihm gehörend besitzen« oder »Eigentum erwerben« will, ist für den Rechtserfolg gleichgültig. Der animus ist in beiden Fällen gleich. Er wirkt daher auch in gleicher Weise. Nur die opinio, die Ueberzeugung vom Eintritt des Erfolgs, ist in beiden Fällen verschieden. Die opinio beeinflußt aber, wie aus obigem hervorgeht, nicht die Wirksamkeit der Handlung." Mich vermag dieses Beispiel nicht zu anderer Ansicht zu bekehren; denn es wird in demselben ja nicht etwas erstrebt, was direkt gesetzwidrig ist. Wer die Gültigkeit eines Rechtserfolgs dadurch in Frage stellt, daß er bewußt Formalitäten vernachlässigt, will deshalb noch nicht gegen die Rechtsordnung verstoßen, er will nicht durch ein Delikt etwas erzwingen, was ihm das Gesetz versagen muß. Er handelt nur unklug und muß damit rechnen, daß seiner Handlung die rechtliche Geltung versagt wird. Deshalb fehlt ihm aber nicht der rechtsgeschäftliche Wille, der dem Diebe fehlt[2]). Uebereinstimmend mit uns hebt Neumann[3]) hervor: „Der rechts-

[1]) Manigk, Anwendungsgeb. d. Vorschr. f. Rechtsgesch. S. 134 ff.

[2]) Selbstverständlich kann auch m. E. ein Delikts- und ein rechtsgeschäftlicher Erfolgswille nebeneinander Bestand haben, ohne daß dadurch an dem Entstehen des Rechtsgeschäfts zu zweifeln wäre. Jemand führt z. B. durch Betrug einen Vertragsabschluß herbei. — Nur der reine, ohne rechtsgeschäftliche Nebenabsicht auftretende Deliktswille erscheint mir zur Erzeugung eines Rechtserfolgs ungeeignet. Er ist nicht Wille zum Rechtserfolg, sondern lediglich Deliktswille.

[3]) cf. Neumann, Rechtshandlung und Rechtsgeschäft, Festgabe für Dr. Wilke. 1900. S. 210 ff.

geschäftlich Handelnde braucht sich nicht bewußt zu sein, daß er mit seinem Tun einen rechtlichen Erfolg hervorbringt. Es genügt, daß die Richtung des Willens auf Hervorbringung eines objektiv rechtlichen, d. h. eines Erfolges gerichtet ist, der unter der Voraussetzung seines Gewolltseins von der Rechtsordnung als solcher anerkannt und geregelt ist; nur darf der Handelnde nicht etwa den rechtlichen Erfolg seiner Handlung ausgeschlossen haben." Dies tut aber der Dieb. [1])

Ehe wir uns mit der Ansicht Manigks näher vertraut machen, müssen wir, wenn wir unsere Ansicht über die rechtliche Natur der Aneignung, der Dereliktion und des Eigenbesitzes aufrecht erhalten wollen, uns noch in einem Punkte mit Manigk auseinandersetzen, der geeignet erscheint, unsere Ansicht über die vorgenannten Rechtshandlungen ins Wanken zu bringen. Manigks Untersuchung führt zu dem Ergebnis, dem wir uns in folgendem nicht werden verschließen können, daß die Vorschriften des 3. Abschnittes des ersten Buches im BGB., sofern sie nicht gerade eine Willenserklärung voraussetzen, auch auf die sogenannten „Willensgeschäfte" Anwendung finden müssen. Im Anschluß an dieses Ergebnis knüpft Manigk, der gerade die Okkupation und die Dereliktion als Hauptrepräsentanten seiner Willensgeschäfte ansieht, die Bemerkung[2]: „Auch der Okkupant muß geschäftsfähig sein, kann im Irrtum sein, kann bedingt okkupieren, sich eines Vertreters bedienen. Hingegen ist die Anwendung dieser Vorschriften auf die unerlaubten Handlungen, wie die Rechtshandlungen im engeren Sinne, ausgeschlossen, weil im Tatbestand dieser letzteren gerade das Element fehlt, das die Vorschriften des 3. Abschnittes voraussetzen, der Erfolgswille."

Am leichtesten kommen wir über die Frage der Geschäftsfähigkeit hinweg. Denn das Erfordernis einer gewissen Geschäftsfähigkeit statuiert auch Manigk bei seinen Rechtshandlungen im engeren Sinne, wenn er verlangt[3]: „Bei den Rechtshandlungen, in deren Tatbestand auch innere Tatsachen als erheblich fungieren,

---

[1]) A. A. Hölder, Kommentar z. allg. Teil des BGB., München 1900 S. 235, der in Uebereinstimmung mit Manigk sagt: „Wesentlich ist dem Rechtsgeschäft seine Vollziehung zum Zwecke der Geltung oder für menschliches Verhalten maßgebenden Bedeutung seines Inhalts, aber nicht die Absicht der rechtlichen Geltung. Wer eine Sache sich aneignet, bekundet den Willen ihrer Beherrschung. War sie herrenlos, so wird er durch ihre Aneignung ihr Eigentümer, wenngleich er glaubte, die Sache sei eine fremde und daher durch seine Aneignung nicht von Rechts wegen die seinige geworden".

[2]) cf. Manigks Aufsatz „Zum Begriff des Rechtsgeschäfts", Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. VII Nr. 12 S. 282, cf. auch die auf eine Uebereinstimmung mit Manigk hindeutende Bemerkung Binders in seinem Werke „Die Rechtsstellung des Erben", Bd. 1, 1. Teil S. 87 Anm. 44, ferner S. 92 Anm. 63 u. 64, hier hinsichtlich seiner Auffassung über „unmittelbare Willensäußerung" von Manigk abweichend.

[3]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 693.

ist stets bei jedem einzelnen Institut zu untersuchen, ob und inwiefern das Vorliegen jener inneren Tatsache durch die persönliche Fähigkeit des Subjekts bedingt wird." Wenn wir daher für die Aneignung, die Preisgabe und den Eigenbesitzerwerb die Geschäftsfähigkeit verlangen, so ist das nicht weiter befremdend. Der Okkupant muß u. E. zum mindesten beschränkt geschäftsfähig sein. Zu geringe Anforderungen stellt, wie Manigk mit Recht tadelt, an die Handlungsfähigkeit daher Isay, der im übrigen unserer Ansicht nahe steht, wenngleich er von ihr wieder insofern abweicht, als er unnötigerweise zur Wirksamkeit derartiger Rechtshandlungen eine Kundgebung des Willens verlangt. Isay [1] sagt: „Es ist möglich, daß das Recht das Vorliegen eines Willens verlangt, daß es aber an den Inhalt und die Qualität dieses Willens keinerlei Anforderungen stellt, insbesondere nicht verlangt, daß dieser Wille irgendwie rechtsgeschäftlicher Natur ist. Aus diesem Grunde ist z. B. die Okkupation keine Willensäußerung im Rechtssinne. Das Recht läßt für den Besitzerwerb auch den Willen eines Kindes, eines Wahnsinnigen genügen. Der Inhalt des Willens interessiert das Recht nicht. Das Eigentum wird also nicht deshalb erworben, weil ein darauf gerichteter Wille vorliegt; die Aeußerung dieses Willens ist hier als solche ohne Bedeutung und interessiert das Recht nicht deshalb, weil aus ihr jener Wille erkennbar wäre. Es ergibt sich also: die Aeußerung eines rechtlich nicht interessierenden Willens ist keine Willensäußerung im Rechtssinne. Daher scheiden als Rechtsgeschäfte aus die Handlungen, die zwar einen Willen erkennbar machen, an die aber das Recht eine bestimmte Wirkung nicht deshalb knüpft, weil es aus ihnen den Willen des Handelnden erkannt hat, sondern aus einem anderen Grunde, etwa des durch sie erzielten sonstigen Erfolges." Isay verkennt, daß das Gesetz, wo es in einem Tatbestande Eigenbesitz verlangt, auch die Willensfähigkeit des Eigenbesitzers im Rechtssinne fordert. Geschäftsunfähige im Rechtssinne sind absolut willensunfähig. Mag ein Wahnsinniger oder ein kleines Kind noch so klar den Eigenbesitzwillen zum Ausdruck bringen, so genügt ein solcher Wille doch nicht, um den Besitz als Eigenbesitz im Rechtssinne zu charakterisieren. Der Willensunfähige ist außerstande, einen besonders geeigenschafteten Besitz zu haben. Er hat stets nur corpus, d. h. die tatsächliche Gewalt, wenn er besizt. — Bei der Preisgabe wird man noch höhere Anforderungen an die Handlungsfähigkeit als bei der Aneignung stellen müssen, da sie eine Vermögensminderung des Handelnden zur Folge hat [2].

---

[1] cf. Isay, Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem BGB. Iher. Jahrb. Bd. 44 S. 43 ff., insbes. S. 45 und 46.

[2] cf. Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgesch. S. 206—224.

Daß ein Irrtum bei der Okkupation und Dereliktion möglich ist, bedarf keiner weiteren Begründung. Denn in jedem Tatbestand, wo ein Wille als erheblich fungiert, kann der Wille infolge irriger Vorstellungen einen nicht gewollten Effekt herbeiführen. Der Irrtum entsteht dadurch, daß der Irrende glaubt, den Tatbestand einer Aneignung oder Dereliktion zu erfüllen, während er in Wahrheit dies gar nicht tut. Ist die Sache, die der Okkupant aneignen will, seine eigene, oder die, die er preisgeben will, eine fremde, so kommt der Tatbestand der beabsichtigten Rechtshandlung nicht einmal scheinbar zustande, weil in solchen Fällen der Tatbestand gar nicht völlig verwirklicht wird. Die angeeignete Sache ist nicht herrenlos und die vermeintlich preisgegebene nicht preisgegeben. Ebenso liegt auch der Fall, wo jemand den Okkupations- oder Dereliktionswillen versehentlich an einer anderen Sache als an der, welche von ihm hierzu bestimmt war, vollzieht. Denn auch hier fehlt ganz der auf den Erwerb bez. Verlust des Eigenbesitzers gerichtete Wille. Von einer irrtümlichen Okkupation oder Dereliktion kann man mit Recht eigentlich erst dort sprechen, wo jemand an einer bestimmt zu diesem Zwecke ins Auge gefaßten Sache einen Okkupations- oder Dereliktionswillen betätigt in dem irrigen Glauben, die dazu auserlesene Sache sei wirklich diejenige, für die man sie hält, also die innerlich zur Okkupation oder Dereliktion bestimmte[1]). Auch in einem solchen Falle tritt die Rechtswirkung nicht ein; denn die rechtlichen Folgen entstehen nur kraft des wahren Willens des Handelnden. Wenn ich, der ich ein Pfennigstück preisgeben will, ein Zehnmarkstück, weil ich es seines unscheinbaren äußeren Aussehens halber für ein Pfennigstück halte, preisgebe, so vollzieht sich die Dereliktion nur in meiner Vorstellung. Mein tatsächlicher Wille geht gar nicht dahin, den Eigenbesitz an dem Zehmarkstück aufzugeben. Dieser Wille umfaßt im Gegenteil als Inhalt die Absicht, nur ein Pfennigstück preiszugeben. Der Wille, Eigenbesitz an dem Zehnmarkstück zu haben, besteht trotzdem noch fort, da ich ja gar nicht weiß, daß ich den Besitz hieran verloren habe. Daher gebe ich denselben auch trotz der widersprechenden Willenshandlung noch nicht auf. Es liegt daher auch hier nur scheinbar eine Dereliktion vor. Die Nichtaufgabe des Eigenbesitzes an dem Zehnmarkstück hindert das Zustandekommen der Dereliktion. Die Aufgabe des Eigenbesitzes an einem Pfennigstück ist mangels eines solchen Geldstückes nicht zustande gekommen; trotzdem äußerlich der Tatbestand einer Dereliktion vorzuliegen scheint, liegt er doch tatsächlich nicht vor. Diese Betrachtung lehrt, daß die sog. irrtümlichen Okkupations- und Dereliktionsfälle Fälle mit mangel-

[1]) cf. hierzu Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgesch. S. 224 ff., insbes. S. 276—289.

haften Tatbeständen sind. Der Okkupations- und Dereliktionstatbestand ist immer nur teilweise realisiert. Ein Tatbestandsmerkmal fehlt dann stets. Es existiert nur scheinbar lediglich in der irrigen Vorstellung des Handelnden. Die bei der Okkupation und Dereliktion an sich möglichen Irrtumsfälle nötigen noch nicht dazu, diese Rechtshandlungen als Rechtsgeschäfte behandeln zu müssen; denn es lassen sich auch leicht Fälle konstruieren, wo Personen in dem Glauben handeln, den Tatbestand einer Rechtshandlung im engeren Sinne zu erfüllen, ohne daß dies tatsächlich zutrifft. Jemand glaubt, ein fremdes Geldstück gefunden zu haben, während ihm dasselbe soeben aus seinem schadhaften Portemonnaie herausgefallen ist. Mängel im Tatbestande sind auch bei Rechtshandlungen im engeren Sinne möglich. Der Unterschied von den rechtsgeschäftlichen Rechtshandlungen besteht darin, daß die Rechtshandlungen im engeren Sinne infolge eines Mangels nicht vorhanden, dagegen niemals nichtig sein können[1]). Ist der Tatbestand z. B. einer Dereliktion tatsächlich verwirklicht, so läßt sich hieran nicht mehr rütteln. Wenn ich eine antike Münze, die ich nicht länger haben mag, trotz meiner Kenntnis, daß es sich um eine antike Münze handelt und daß sie als solche einen Antiquitätswert hat, preisgebe, so tritt der Dereliktionserfolg ein und ich kann ihn dann hinterher, wenn ich erfahren habe, daß für die Münze z. Zt. ein hohes Angebot gemacht wird, nicht wieder ungeschehen machen, weil mich meine Handlung gereut. Es steht mir hier nur der Weg offen, die Münze zu okkupieren. Dagegen dringe ich mit der Eigentumsklage gegen einen anderen Okkupanten nicht durch.

Bedingung und Zeitbestimmung auch für Dereliktion, Okkupation und Eigenbesitzerwerb zuzulassen, halte ich für unrichtig. Die von Manigk zum Beweis seiner Ansicht angeführten Beispiele überzeugen nicht. Es bedarf keiner Ausführung, daß man die Absicht, Eigenbesitz erwerben bez. aufgeben zu wollen, schon lange vor der Ausführung haben und auch äußern kann, aber damit ist die Willensausführungshandlung noch nicht vollendet und daher noch gar nicht existent. Habe ich im Momente der Okkupation bereits den Willen, die Sache nach drei Tagen nicht mehr haben zu wollen, so fasse ich hiermit den Entschluß, mich der Sache nach drei Tagen zu entäußern. Dieser Entschluß ist rechtlich ohne Bedeutung; führe ich ihn nach dieser Zeit nicht aus, so bleibe ich Eigentümer der Sache. Die Sache wird dann nicht schon mit dem Zeitablauf herrenlos[2]).

[1]) cf. Sohm, Gegenstand. S. 27 Anm. 9. Die etwaige Kundgebung des Aneignungs-, Preisgabe- und Eigenbesitzerwerbswillens ist natürlich u. A. noch keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Die Rechtssätze der §§ 116 ff. finden auf sie daher keine Anwendung.

[2]) A. A. Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte S. 289—297, ferner Eberhard Friedrich Bruck. Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte (ersch. als 13. Heft von Leonhardts Studien), § 34 S. 173—177, der die Rechtssätze der §§ 158 und 163 analog angewandt wissen will.

Weit zweifelhafter ist die Frage, ob es bei der Aneignung, der Dereliktion und dem Eigenbesitzerwerb eine Stellvertretung gibt[1]). Auch dies glaube ich bezweifeln zu müssen, trotzdem wir natürlich zugeben, daß bei diesen Rechtshandlungen die tatsächliche Ausführung der Willenshandlung anderen überlassen werden kann. Derjenige, der für das Subjekt der Rechtshandlung die Ausführung der letzteren übernimmt, ist kein Stellvertreter im Rechtssinne, sondern er leistet immer nur Beihilfe zur Willensausführungshandlung des Prinzipals. Nur der Prinzipal kann die Aneignung, die Dereliktion und den Eigenbesitzerwerb vornehmen. Sein Wille ist in erster Linie erforderlich, damit der Erfolg der Rechtshandlung eintreten kann; er allein kann nur den Eigenbesitz, mag es nun mittelbarer oder unmittelbarer sein, begründen, bez. beenden. Der „Vertreter" braucht nicht geschäftsfähig zu sein, ist er es, so hat er natürlich bei Ausführung seiner Beihilfeleistung einen Willen. Daß dieser Wille ein besonders geeigenschafteter Wille, ein rechtsgeschäftlicher Erfolgswille, nämlich der Wille, im Namen eines anderen rechtsgeschäftlich zu handeln, sein müsse, verlangt das Gesetz u. E. nicht. Es darf nur dieser Wille nicht den Willen des Subjekts der Rechtshandlung seiner Wirkung berauben. Er spielt keine größere Rolle wie der Wille des Boten, der, wenn er geschäftsfähig ist, auch sehr wohl den von seinem Auftraggeber mit seiner Mission verfolgten Zweck, sofern er diesen kennt, vereiteln kann. Willensunfähige können ebensogut wie Willensfähige die Beihilfe leisten. Das Merkwürdige bei der Okkupation ist nur, daß der vom Auktor gefaßte Okkupationswille noch nicht fest begrenzt zu sein braucht. Er kann gewissermaßen in Blankettform auftreten. Diese Eigenheit, die allerdings für die Zulassung von Stellvertretung und Vollmacht bei der Aneignung zu sprechen scheint, ist aber nicht etwa auf die Fälle beschränkt, wo ein „Stellvertreter" vorhanden ist, sondern findet sich oft da, wo sich der Aneignende mechanischer Hilfsmittel oder dressierter Tiere zur Ausführung der Aneignung bedient. Der Jagdberechtigte, der Schlingen, Fallen, Fangeisen usw. gebraucht, faßt den Willen, alles Wild, das sich fängt, in Eigenbesitz nehmen zu wollen, und erwirbt infolgedessen in dem Moment, wo das Wild gefangen wird, Eigentum[2]). Ganz ähnlich liegt es nun in den

---

[1]) cf. Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte, S. 297 und 399, ferner die von dieser Annahme einfach ausgehende Dissertation von Gerland „Das Kgl. Sächs. Jagdrecht", Borna-Leipzig 1907, Kap. VIII S. 48—57.

[2]) cf. Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil, Leipzig 1896, S. 273 § 203 IX, VII_2, wo es heißt: Hat der Jagdberechtigte das jagdbare Tier schon in einer Schlinge oder Falle gefangen, so ist es sein Eigentum auch bevor er es weiß, gerade wie der in den Lachsfang gegangene Lachs Eigentum des Fischers geworden ist. Die Wegnahme wird dann zum Diebstahl.

Okkupationsfällen, wo ein „Stellvertreter“ zur Aneignung beihilft. Der Jagdberechtigte, der einen Förster anstellt, gibt diesem entweder für die Jagdausübung ganz detaillierte Weisungen oder er ermächtigt ihn zur Ausübung der Jagd für ihn ganz allgemein, eventuell sogar stillschweigend auf Grund des Anstellungsvertrages. M. E. erwirbt auch hier der Jagdberechtigte, sofern der „Vertreter“ Wild im Rahmen seiner Jagdbefugnisse schießt, schon Eigentum, wenn das Wild tot auf seinem Jagdrevier niederfällt und aufgefunden wird, ohne daß es noch einer hinsichtlich seiner Willensrichtung besonderen Besitzergreifung des „Vertreters“ bedarf. Ergreift letzterer dann das Wild mit dem Vorsatz, es sich anzueignen, so unterschlägt er. Nur das nicht im Rahmen der besonderen oder allgemeinen Weisungen des Jagdherrn geschossene Wild bleibt, weil hier noch eine sich auf dieses Wild erstreckende Eigenbesitzbetätigung des Jagdherrn fehlt, herrenlos. Daran ändert auch nichts der etwa bei dem Jagenden vorhandene Wille, das geschossene Wild nicht für sich, sondern für den Jagdberechtigten erwerben zu wollen. Denn hat jemand eine herrenlose Sache in Besitz genommen, aber nicht, um die Sache als ihm gehörend zu haben, sondern um sie für einen anderen zu haben, so erwirbt damit der andere erst den Eigenbesitz und damit das Eigentum, wenn ihm die Besitzergreifung mitgeteilt, zwischen ihm und demjenigen, welcher den Besitz ergriffen hat, ein den mittelbaren Besitz begründendes Verhältnis hergestellt ist und er den Willen hat, die Sache als ihm gehörend in mittelbaren Besitz zu nehmen; bis dahin bleibt die Sache herrenlos. Ich halte die Bedenken Hupkas, der gegen die Zulässigkeit der direkten Vertretung für den Okkupations- und Besitzerwerb sich ausspricht, für nicht so unbegründet, wie Manigk. Hupka sagt[1]), eine direkte Vertretung sei bei dem Besitz und dem durch diesen vermittelten Eigentumserwerb unmöglich, weil hier der direkte beim Prinzipal eintretende Erwerb niemals vom Willen des Apprehendenten, sondern stets von einem für den Auftraggeber begründeten oder zu begründenden Kausalverhältnis abhängig sei.

b) Der Rechtsgeschäftsbegriff nach Manigk[2]).

Wenn wir uns trotz der geäußerten Bedenken dazu verstehen können, Manigk zu folgen, so liegt das daran, daß wir ja im Hauptpunkte, nämlich in der Bewertung des Erfolgswillens als Rechtsgeschäftstatbestandselement – wir können nur den Erfolgs-

[1]) Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte. S. 368 ff. cf. Hupka, Die Vollmacht. Leipzig 1900.

[2]) Um Irrtümer zu vermeiden, ist die Wiedergabe der Ansicht Manigks in engem Anschluß an den Wortlaut seiner Untersuchung erfolgt. Die Klarheit der Ausdrucksweise Manigks verleitet hierzu.

willen nicht überall, wo Manigk ihn als vorliegend erachtet, als solchen anerkennen —, mit ihm vollkommen übereinstimmen und daß für unsere Betrachtung das Gebiet der von ihm als Willensgeschäfte bezeichneten Rechtsfiguren so gut wie ganz ausscheidet. Die uns interessierenden Rechtsinstitute haben, soweit sie überhaupt rechtsgeschäftliche sind, sämtlich Willenserklärungen in ihren Tatbeständen. Die Frage, ob es auch Rechtsgeschäftstatbestände ohne das Element der Willenserklärung gibt, ist daher für unsere Betrachtung von geringerem Interesse und soll deshalb nur gestreift werden. Uns genügt es schon, wenn wir die Rechtssätze gewinnen, die auf alle Rechtsgeschäftstatbestände mit Willenserklärungen passen, um daraus die rechtserzeugenden Faktoren des für uns in Frage kommenden Rechtsgeschäftsbegriffes abzuleiten. Hierzu kommt uns Manigks Hilfe sehr zu statten.

Manigk stellt an die Spitze seiner Untersuchung einen für die Gewinnung von Begriffsbestimmungen im allgemeinen äußerst wertvollen Gedanken. Er geht davon aus, daß bisweilen die irrige Meinung [1]) bestände, der Begriff eines Rechtsinstituts könne nur dort ermittelt werden, wo das Institut auch alle Wirkungen äußere, so der Begriff Rechtsgeschäft nur am wirksamen Rechtsgeschäft, der des Delikts nur an den die Deliktswirkungen auch erzeugenden Deliktsbestand. Er widerlegt diese Ansicht durch folgende Ausführungen. Er sagt [2]): „Wir unterscheiden logisch den abstrakten Begriff vom konkreten. Suchen wir den Inhalt eines wissenschaftlichen Begriffs schlechthin, so meinen wir den ersteren, der von allen Voraussetzungen in seiner konkreten Gestalt losgelöst ist. Wir bezeichnen ein etwa wegen Formmangel oder Geschäftsunfähigkeit nichtiges Rechtsgeschäft korrekt immer noch als Rechtsgeschäft, weil es, abgesehen von dem im konkreten Falle vorliegenden Mangel der Form bez. der Geschäftsfähigkeit des Subjekts, die Begriffsmerkmale des Rechtsgeschäfts noch an sich trägt. Zwischen einem insofern ganz richtig so bezeichneten nichtigen Rechtsgeschäft und einem Nichtrechtsgeschäft ist daher zu unterscheiden [3]). Ein Nichtrechtsgeschäft wird dort gegeben sein, wo wir nicht einmal die begrifflichen Wesensvoraussetzungen eines Rechtsgeschäfts realisiert finden, z. B. bei einer Aufforderung

[1]) cf. Ortlieb S. 6; Neumann, Festgabe für Wilke. S. 215.
[2]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 188 u. 189.
[3]) cf. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 299 ff., wo es heißt: Nichtigkeit und juristische Bedeutungslosigkeit sind zwei verschiedene Dinge. Dieselbe Tatsache kann durch Verschiedenheit der mitwirkenden Momente zugleich Ursache für zwei verschiedene Wirkungen sein. Es kann darum der vorhandene Tatbestand bei Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts rechtlich in gewisser Hinsicht wirksam sein. So hebt z. B. ein neues Testament das früher errichtete unmittelbar durch seine Entstehung auf, also noch vor Eintritt der beabsichtigten Hauptrechtsfolge. Diese Rechtsfolge ist eine notwendige, keine gewillkürte.

zum Tanz, einem Delikt. Es wird nun der Umstand, daß natürlich auch ein Nichtrechtsgeschäft keine Wirkungen eines Rechtsgeschäfts haben kann, damit verwechselt, daß die Wirkungslosigkeit das Wesen der Nichtigkeit ist. Ein nichtiges Rechtsgeschäft ist mehr als ein Nichtrechtsgeschäft, weil es wenigstens die Begriffsmerkmale des Rechtsgeschäfts aufweist, die freilich nicht zur Wirksamkeit im konkreten Fall herreichen. Die Nichtigkeit ist bereits ein Prädikat für die Wirksamkeit des begrifflich perfekt vorliegenden Tatbestands. Die Begriffe der Willenserklärung, des Rechtsgeschäfts hängen also gar nicht von den Tatbeständen ab, die wirksam sind, sondern ohne Rücksicht auf konkrete Wirksamkeit nur von den im Wege der Abstraktion von jeder konkreten Gestalt gewonnenen Elementen."

Manigk prüft zunächst, welche Begriffsmerkmale der Willenserklärung gerade den die „gesetzliche Willenserklärung" behandelnden §§ 116 ff. BGB. vorschweben, und zieht hierbei in Beherzigung des zuvor ausgeführten Gedankens besonders die Rechtssätze, die über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit rechtsgeschäftlicher Tatbestände handeln, mit in den Kreis seiner Untersuchung hinein[1]). Er betrachtet Wille und Erklärung streng gesondert voneinander und würdigt beide im Hinblick auf den Zweck, den sie zu erfüllen haben. Er findet, daß im Falle der Mentalreservation[2]) (§ 116 S. 1) der Erklärende dem Erklärungsgegner die Vorstellung einer richtigen und echten Willenserklärung erwecken will, während derselbe im Falle der Nichternstlichkeit der Erklärung (§ 118) diese Wirkung gerade vermeiden und die Nichternstlichkeit seiner Erklärung durchblicken lassen will. Auch im Falle der Simulation[3]) (§ 117) fehlt es, wie Manigk nachweist, an der Absicht des Erklärenden, den Erklärungsgegner zu täuschen, da die beabsichtigte Täuschung nur Dritte, nicht den Erklärungsgegner, mit dem der Erklärende ja unter einer Decke steckt, berührt. Manigk zieht hieraus den richtigen Schluß[4], daß das unterscheidende Merkmal, von dem die Anwendung des § 116 oder die des § 118 und damit also die Gültigkeit bez. Nichtigkeit der Willenserklärung abhängt, die Absichten des Erklärenden gerade gegenüber dem Gegner seiner Erklärung sind, daß dagegen seine Absichten Dritten oder der Allgemeinheit gegenüber sich als unerheblich erweisen, sofern Dritte nicht sonst in ihrem Vertrauen und gutem Glauben gegenüber simulierten Geschäften geschützt werden (§§ 405, 892, 932 u. a.). Den sich hiernach ergebenden Standpunkt des Gesetzes faßt er in folgende Sätze[5]): „Die absichtlich in Divergenz gebrachte Erklärung ist

[1]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 175 ff.
[2]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 166.
[3]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 167.
[4]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 175.
[5]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 167, 169 ff.

nur dann nichtig, wenn keine Täuschungsabsicht gegenüber dem Erklärungsgegner vorliegt. Wer sich also einer Erklärung bedient, um nach seinem Willen durch ihren konkreten Inhalt die Vorstellungen und das Vertrauen des Gegners zu beeinflussen, wird, wenn dies gelingt, an der Erklärung festgehalten." So erkläre sich die Gültigkeit der Willenserklärung nach § 116 S. 1, andererseits die Nichtigkeit nach § 118. Darum sei auch der sog. böse Scherz (wenn der Erklärende selbst nicht erwartet, daß der Mangel der Ernstlichkeit nicht verkannt werde) nicht nach § 118, sondern nach § 116 S. 1 zu beurteilen. Von einer Beeinflussung der Vorstellungen des Gegners sei dagegen im Falle der Simulation nicht die Rede, daher die Nichtigkeit im Fall des § 117. Eine Beeinflussung finde auch tatsächlich nicht im Falle des § 116 S. 2 statt, daher die Nichtigkeit. In den Fällen des § 119 (Irrtum) und des § 120 (unrichtige Uebermittelung) werde der Erklärende an der Erklärung deshalb nicht festgehalten, weil er den Empfänger durch den konkreten Inhalt seiner Erklärung tatsächlich nicht beeinflussen wollte, da ihm selbst der konkrete Inhalt nicht bekannt sei. Die nach § 123 (Betrug und Zwang)[1] nur mögliche Anfechtung der Willenserklärung bedeute nichts anderes, als daß der Erklärende sich nachträglich auf seinen wahren Willen berufe, der in der Verneinung des erklärten Willens bestände. Der bei der Anfechtung geltend gemachte Wille sei darum kein neugefaßter, sondern es sei der bloß aufgedeckte, der angefochtenen Erklärung wirklich zugrunde gelegene Wille. Die Anfechtung sei also im Grunde die Aufdeckung der bei der in der Vergangenheit abgegebenen Erklärung vorliegenden Divergenz zwischen Wille und Erklärung. Von einer Beeinflussung des Vertrauens des Gegners könne deshalb auch im Falle des § 123 keine Rede sein.

Aus obigem erhellt, daß vom Gesetz in einer ganzen Reihe von Fällen auf den entgegenstehenden inneren Willen zurückgegangen wird. Und zwar wird der Erklärung in diesen Fällen die Wirksamkeit nicht in gleichem Grade genommen, sondern es reagiert der divergierende Wille bald in größerem, bald in geringerem Grade[2]. Bei der erkannten Mentalreservation, der

[1] cf. Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte. S. 279—285. Da, wo nach Ansicht Manigks eine wegen Willensmangels nichtige Dereliktion bez. Aneignung (S. 280, 285) vorliegen soll, ist u. E. überhaupt keine, auch nicht eine nichtige Dereliktion bez. Aneignung zustande gekommen. Der Tatbestand dieser Rechtshandlungen ist nur mangelhaft existent geworden. Der Eigenbesitzverlust und -erwerb ist nur in der Vorstellung des Handelnden erfolgt. Tatsächlich ist nur das Corpus wider den Willen des Handelnden verändert worden.

[2] cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 165. In den Fällen der Nichternstlichkeit, des Irrtums und der unrichtigen Uebermittelung bürdet das Gesetz dem Erklärenden, der seinen divergierenden Willen ins Feld führt, eine Schadensersatzpflicht auf.

Simulation und der Nichternstlichkeit der Erklärung reagiert er am stärksten; denn er führt die Nichtigkeit der lezteren herbei. In den Fällen des Irrtums, der unrichtigen Uebermittelung, der arglistigen Täuschung oder widerrechtlichen Drohung hat er dagegen die schwächere Folge, insofern hier nur die Anfechtbarkeit der Willenserklärung eintritt[1]. Immer aber ist die Wirkung, die der innere Wille auf die Erklärung ausübt, eine nur aufhebende, negative, niemals eine erzeugende, positive. Was allein positiv wirkt, ist stets nur die Erklärung[2]. Sie ist im Willenserklärungstatbestand das Mittel, durch welches der Handelnde seinen Willen kundtun muß. Auch der über die Auslegung einer Willenserklärung handelnde § 133 durchbricht diese Regel nicht. Richtig wird man den § 133 nur deuten, wenn man ihn nur dort anwendet, wo diejenigen Umstände auszulegen sind, die auch dem Gegner der Erklärung zugänglich waren, d. h. demjenigen, dem der Erklärende kundtun wollte, und alle außerhalb des Wahrnehmungskreises des Gegners stehenden Umstände der eigenen Geltendmachung durch den Erklärenden unberücksichtigt läßt[3]. Die Geltendmachung letzterer Umstände bleibt dem Erklärenden im Wege der Anfechtung vorbehalten. Für sie hat der § 133 keinen Raum; denn er schreibt nur eine Auslegung nach der Erklärung vor. Diese kann man nur auslegen, nicht eine innere Tatsache. Wer glaubt, er müsse sich um die Erforschung des inneren Willens, um dem § 133 zu genügen, bemühen, der bestreitet damit gleichzeitig die Existenzberechtigung der §§ 116 ff., die ja dann unnötig wären[4]. Einer Anfechtung bedarf es hingegen dort nicht, wo der Erklärungsgegner sofort aus der Erklärung und den Umständen, unter denen sie abgegeben ist, den Irrtum des Erklärenden, wie dessen wahren und zweifellosen Willen erkennt. Erklärt z. B. A statt x aus Versehen y und bemerkt der Erklärungsgegner B das Versehen sofort und weiß auch, daß nur x gemeint war, so ist x der Inhalt der Erklärung[5].

Nach vorstehendem ist nunmehr auch die weitere Frage, die Manigk aufwirft, nicht allzufernliegend, ob jede Willensäußerung, aus der von dem sie Wahrnehmenden auf den Inhalt eines Geschäftswillens geschlossen werden könnte, als Willenserklärung zu gelten habe oder ob zum Begriff der Willenserklärungen nur solche Aeußerungen gehörten, die dem Er-

[1]) Der Hauptunterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Willenserklärung besteht darin, daß erstere in einer ipso jure gegebenen, letztere in einer von der Entscheidung des Urhebers abhängigen, durch dessen Erklärung hervorgerufenen Unwirksamkeit besteht. cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 476.

[2]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 154, 163 ff., 187.

[3]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 158—164.

[4]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 148.

[5]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 160, 473 ff.

klärungszweck des Subjekts der Aeußerung dienten. Mit anderen Worten, es fragt sich, ob die Absicht des Erklärenden gefordert werden muß, seinen Willen durch sein Verhalten zusammen mit allen anderen dem Erklärungsgegner zugänglichen Umständen kund zu tun[1]).

Diese Frage muß bejaht werden. Der Handelnde muß mit seinem Verhalten die subjektive Kundgebungsabsicht verbinden. Eine solche Absicht wird dem Erklärungsgegner z. B. bei einer ausdrücklichen Offerte des Erklärenden ebenso klar entgegentreten, wie der Inhalt der Geschäftsabsicht des letzteren. Aber es gibt auch Fälle, in denen jemand objektiv ein Verhalten beobachtet, das einem Kundgebungszweck desselben in keiner Weise dient, aus dem aber doch der Schluß auf einen dem Verhalten zugrunde liegenden Willensinhalt der Person gezogen werden könnte. Wir wollen zur Prüfung dieser Frage nur einen Paragraphen aus dem zweiten Titel des dritten Abschnittes des allgemeinen Teils, und zwar den, wie sich noch zeigen wird, wichtigsten dieser Gruppe, nämlich den § 119, herausgreifen. Nach dem Wortlaute dieses Paragraphen schon muß der Irrende eine Aeußerung in Kundgebungsabsicht vorgenommen haben; denn in dem Paragraphen werden mehrfach Ausdrücke, wie „Erklärung abgeben“ und „Abgabe der Erklärung“, gebraucht. Das Gesetz nimmt danach also an, daß der auf den Weg der Anfechtung Gewiesene eine Willenserklärung des Inhalts, wie er sich durch Auslegung ergeben mußte, überhaupt nicht abgeben wollte, weil nämlich die Erklärungshandlung abirrte. Es wird also vorausgesetzt, daß ein anderer Inhalt der Erklärung erwünscht war. Daher mußte also der Erklärungshandlung auch überhaupt ein Kundgebungszweck zugrunde liegen[2]). Wenn jemand aber überhaupt nichts erklären will, so ist man nicht berechtigt, ihm eine stillschweigende oder eine ausdrückliche Willenserklärung unterzuschieben; denn ein solcher will ja eben nichts kundtun und kann daher auch gar nicht hinsichtlich der ihm untergeschobenen Aeußerung irren, selbst wenn er über die Deutungsmöglichkeit der letzteren sich in einem Irrtum befunden hätte. Wenn sich irgendwie erkennen läßt, daß der Handelnde bei seinem Verhalten einen Erklärungszweck nicht gehabt hat, daß sein Verhalten vielmehr auf einen anderen Grund beruht und durch diesen gerechtfertigt ist, dann liegt eine Willenserklärung überhaupt nicht vor. Dann brauchte der zur Rechenschaft gezogene Handelnde insbesondere nicht erst den durch § 119 vorgezeichneten Weg zu beschreiten, um von den ihm von anderer Seite entgegengehaltenen rechtsgeschäftlichen Folgen seines Verhaltens loszukommen[3]). Denn

[1]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 177 ff.
[2]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 184 ff.
[3]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 138—140.

sonst könnte unbilligerweise jeder einen anderen, der eine als das typische Zeichen eines Geschäftswillens auszulegende Handlung ohne Bewußtsein des Erklärungswertes dieser Handlung vorgenommen hätte, rechtsgeschäftlich in Anspruch nehmen[1]. Der Erklärungsirrtum des § 119 entsteht erst dadurch, daß die vom Handelnden für den Gegner gesetzten und diesen zugegangenen Erklärungszeichen selbst unter Heranziehung aller dem Gegner zugegangenen Umstände nicht den Willensinhalt ergeben, der mit dem inneren Willen des Erklärenden übereinstimmt[2]. Der Irrende muß also den Zweck der Kundgebung eines rechtsgeschäftlichen Willens gegenüber seinem Geschäftsgegner verfolgen. Wo die Absicht, einen Geschäftswillen darzutun, fehlt, kann von einer irrtümlich abgegebenen Willenserklärung keine Rede sein.

Der Kundgebungszweck, den wir als wesentliches Merkmal im Tatbestand der Willenserklärung erkannt haben, erfordert, daß die Aeußerung des rechtsgeschäftlichen Willens vom Subjekt der Willenserklärung für den Beteiligten auch berechnet sein muß[3]. Zu dem subjektiven Erfordernis des Kundgebungszweckes muß also noch ein objektives treten, nämlich der Zugang der Willenserklärung in die Wahrnehmungssphäre des Gegners, dem sie ihren Inhalt kundtun soll. Der Zugang ist nicht etwa das zufällige, sondern das durch den Willen des Erklärenden bewirkte Hingelangen der Willenserklärung zum Gegner. Das bloße Offenbarwerden eines Willens ist daher nicht das Wesentliche der Willenserklärung. Allein die Absicht des Aeußernden, ein Zeichen zur Erkennung seines Willens zu setzen, stempelt die Aeußerung als Erklärung des Willens im Sinne des BGB.[4]. Dies ergibt sich auch insbesondere aus dem für die Erklärungsgeschäfte so wichtigen § 130. Alle Willenserklärungen müssen danach einem anderen gegenüber abgegeben sein. Die Willenserklärung ist also erst wirksam mit ihrem Zugang beim Empfänger.

Wir werden nun die von Manigk aus den §§ 116 ff. abgeleiteten beiden Sätze[5] verstehen können, die die bisher gewonnenen Resultate unserer Untersuchung enthalten. Sie lauten:

I. Eine Willenserklärung ist eine Aeußerung, deren sich eine Person zum Zwecke der Kundgebung eines rechtlich erheblichen Geschäftswillens bedient.

II. Eine (gemäß §§ 116 ff.) wirksame Willenserklärung ist eine Aeußerung, deren im Wege der Auslegung gewonnener Inhalt dem Inhalt eines zugrunde liegenden Willens entspricht.

Der erste Satz enthält die von uns gesuchten Begriffsmerkmale der Willenserklärung. Wo also nicht einmal die begrifflichen

---

[1] cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 186, 473 ff.
[2] cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 555.
[3] cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 210.
[4] cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 205.
[5] cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 188 ff.

Voraussetzungen dieses Satzes erfüllt sind, dort kommt die Nachprüfung eines konkreten Tatbestandes nach den Voraussetzungen des zweiten Satzes nicht erst in Betracht. Wo z. B. jemand eine Willensäußerung nicht zum Zwecke der Kundgebung eines Geschäftswillens vornimmt, haben wir es überhaupt mit keinem Rechtsgeschäft, nicht einmal mit einem nichtigen zu tun. Die Kundgebung eines Scheingeschäftswillens setzt demnach immerhin noch einen Geschäftswillen[1]) voraus. Es ist daher nicht zutreffend oder zum mindesten irreführend, wenn man in Lehrbüchern liest: „Bei Erklärungen, die zum Schein oder aus Scherz abgegeben sind, fehlt der rechtsgeschäftliche Wille[2])." Eigentumsübertragungen, die z. B Schauspieler in ihrer Rolle auf der Bühne vornehmen, sind keine Scheinverträge, sondern Nichtrechtsgeschäfte, da hier den Erklärenden der Wille, einen Geschäftswillen zu erklären, offensichtlich fehlt[3]). Die Scheidung, ob einem Rechtsinstitut ein rechtsgeschäftlicher Wille zugrunde liegt oder nicht, ist oft sehr schwierig. Wie schwierig dies ist, geht aus unserer gegen Manigk geübten Kritik über die rechtliche Natur der Aneignung, der Preisgabe und des Eigenbesitzerwerbs hervor. Wir glaubten bei jenen Rechtshandlungen aus den oben ausgeführten Gründen die Rechtsgeschäftsnatur bestreiten zu müssen, da in diesen Tatbeständen der Wille u. E. des geschäftlichen Charakters entbehrt.

In den weiteren Ausführungen Manigks, die wir leider wegen Raummangels nur ganz flüchtig streifen können, werden uns Tatbestände vorgeführt, die einen rechtsgeschäftlichen Willen unzweifelhaft enthalten, in denen aber der Handelnde mangels eines gegnerischen Interesses seinen Geschäftswillen niemandem erklärt, sondern ihn durch eine vielleicht von niemandem wahrnehmbare Willenshandlung betätigt. Der Schlüssel zum Verständnis derartiger Rechtsgeschäfte ist der § 151. Bei Prüfung

[1]) Auch das Scheingeschäft erfordert einen Geschäftswillen. Derselbe negiert nur in Wahrheit den Erklärungsinhalt.

[2]) cf. Ebbecke, Grundsätze des bürgerlichen Rechts. Berlin 1901. S. 35 § 4.

[3]) Bei der Kritik von Isays „Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts" rügt Manigk mit Recht die Meinung Isays: es läge im Falle des § 118 nicht nur der auf den Geisteseffekt im Erklärungsempfänger gerichtete Wille nicht vor, vielmehr sogar ein ganz entgegengesetzter Wille. Er sagt: Isay übersieht hierbei, daß der Erklärende auch durch eine nicht ernstliche Willenserklärung primär immer die dem Inhalt derselben zunächst entsprechende geistige Vorstellung beim Gegner erzeugen will; denn nur so kann der Zweck des Scherzes erreicht werden. Das Bestreben des Erklärenden muß darauf gerichtet sein, dem Gegner seine wahre, dem Erklärungsinhalt entgegenstehende Absicht nicht zu verraten, diese ihm nicht zugehen zu lassen; denn mit demselben Moment, in dem er diese zugehen läßt, entfällt überhaupt der Begriff der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung; ein geschäftlicher Wille ist dann überhaupt nicht erklärt. cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 53, 474 ff.

einer nach § 151 wirksam gewordenen Willenshandlung zeigt sich die Natur des Manigkschen Willensgeschäfts. Manigk weist nach, daß eine solche Willenshandlung als Kern die innere rechtsgeschäftliche Absicht, den Erfolgswillen, enthält, daß nur in ihrem Tatbestande eine Erklärungshandlung fehlt, da entweder die Verkehrssitte oder der Erklärungsgegner den an sich sonst zur Erklärung Verpflichteten von der Erklärungspflicht entbunden hat. Die Annahme des Vertrags nach § 151 ist mithin keine Erklärung, weder eine sogenannte empfangsbedürftige noch eine nicht empfangsbedürftige; denn letzteren beiden ist der Kundgebungszweck[1]) wesentlich, der bei Vornahme der Annahme nach § 151 nicht nötig ist. Deshalb bedarf es hier, wenn auch der Erklärungs- und Kundgebungszweck wegfällt, zur Wirksamkeit des rechtsgeschäftlichen Willens immerhin noch einer Willensbetätigung, denn den untätigen Willen braucht das Recht nicht zu beachten. Darüber, wie die Willensbetätigung z. B. bei der Annahme nach § 151 zu erfolgen hätte, herrscht in der Literatur

[1]) Alle Willenserklärungen, auch die sogenannten nicht empfangsbedürftigen, müssen zugegangen sein, d. h. sie haben Empfänger, denen die Erklärungen durch die Tätigkeit des Erklärenden zugeführt werden müssen. Diesen Nachweis erbringt Manigk in m. E. unwiderleglicher Weise. Er rügt daher auch die Ausdrücke „empfangsbedürftig" und „nicht empfangsbedürftig", die er durch die termini technici „bestimmt adressierte" und „unbestimmt adressierte Willenserklärungen" ersetzt haben möchte. Auch bei den nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen muß der Erklärende für Ueberführung seiner Aeußerung an die Beteiligten selbst oder an die als Interessenvertreter des wahren Adressaten berufene Behörde Sorge tragen. Dies ist der nach § 130 geforderte, zur Wirksamkeit nötige Zugang. Manigk weist nach, daß § 130 für die unter Anwesenden erfolgenden Willenserklärungen, obgleich er nur von Abwesenden spricht, wie überhaupt von allen Willenserklärungen gilt, obgleich er nur eine Gruppe derselben, die einem anderen gegenüber abzugeben sind, zu meinen scheint. Unter Zugang ist die vom Erklärenden bewirkte Ueberführung der Aeußerung in die Wahrnehmungssphäre der Beteiligten zu verstehen. Hat der Erklärende das zur Wahrnehmung seiner Aeußerung Erforderliche getan, und bedurfte es nur noch des Wahrnehmungsaktes seitens des Gegners, so ist die Erklärung zugegangen. Auch beim eigenhändigen Testament ist ein Zugang im festgestellten Sinne notwendig. Denn auch der Erblasser muß genau so wie jeder Erklärende für den schließlichen Zugang des Testaments an die Beteiligten sorgen. Nur ist die Ueberführung der Erklärung an die Beteiligten hier so leicht wie möglich gemacht. Der wirkliche Wille ist auch beim Testament nur der erklärte, d. h. der der Nachwelt kundgetane Wille. Das in ein Notizbuch geschriebene Testament, das nach dem Willen des Testators noch nicht in Kundgebungsabsicht niedergelegt ist, ist, weil es nicht erklärt ist, ungültig. cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, Kap. 5 S. 305; ferner Breit, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft, III. adreßbedürftige Rechtsgeschäfte. Sächs. Arch. Bd. 15 S. 657 ff. Titze, „Ueber den Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen" in Iher. Jahrb. Bd. 47 S. 379 und die Entgegnung Hölders „Zur Theorie der Willenserklärung", erschienen als 2. Aufsatz der Festschrift für Degenkolb „Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht" S. 93 ff.

Streit. Licht in das hier noch herrschende Dunkel gebracht zu haben, ist unstreitig das Verdienst Manigks. Er hat den Hauptfehler, dem man bisher immer wieder verfiel, erkannt. Man trennte nämlich beim Rechtsgeschäft nicht scharf das Willensmoment vom Erklärungsmoment und glaubte daher, daß auch im Falle des § 151 der Wille dann erst rechtlich zur Tat würde, wenn die Schlüssigkeit des Verhaltens vom Standpunkt des Gegners aus eingetreten wäre[1]). Man hielt also bei dieser Willensbetätigung an dem Charakter einer konkludenten Erklärung fest. Damit verlangt man aber zuviel. Der Wille muß nur in einem seinen Inhalt zurzeit entsprechenden körperlichen Verhalten seinen Abschluß gefunden haben. „Eine Willenserklärung", sagt Manigk[2]), „ist insofern eine eigenartige Körperbewegung, als sie zugleich Aufschluß über die Absicht gibt, der sie dient. Sie ist eine Handlung, die zugleich den unmittelbaren Willen, die Absicht, offenbart. Sie trägt ihren Zweck an ihrer Stirn. Bei allen anderen Handlungen fällt diese Eigentümlichkeit fort. Das Institut der Willenserklärungen ist deswegen geschaffen, um einerseits Werkzeug für die Verwirklichung des Geschäftswillens des Handelnden zu sein, andererseits aber auch zugleich für den Gegner die Möglichkeit zu erzeugen, den zurückliegenden Geschäftswillen des Handelnden erkennbar zu machen. Bei den einer Erklärung nicht bedürfenden rechtsgeschäftlichen Handlungen, wie z. B. der Annahme nach § 151, fungiert ganz dieselbe innere Tatsache, wie bei den Erklärungsgeschäften als wesentliches Merkmal. Zu einer solchen Körperbewegung, wie wir sie eben bei den Willenserklärungen feststellten, hat das Subjekt hier keinen Anlaß. Jeder nimmt normalerweise diejenige Körperbewegung vor, die ihn zum Ziel, hier zur gewünschten rechtsgeschäftlichen Wirkung, bringt. Eine Erklärung gibt der Handelnde hier nicht ab, da diese nicht nötig ist. Der Vertragsoblat braucht nur anzunehmen, um die Wirkungen des Vertrags zu erzeugen. Der innere Erfolgswille als Annahmeentschluß ist das Mittel zur Hervorbringung dieser rechtsgeschäftlichen Wirkung. Es kann aber das Recht auch hier nur den zur Tat gewordenen Willen[3]) als Ursache der Wirkung erkennen." Selbstverständlich ist zur Wirksamkeit einer Willenshandlung gemäß § 151 noch der Konsens mit der Willenserklärung des Offerenten notwendig, weil sie allein nur Bestandteil eines aus mehreren Faktoren zusammengesetzten Rechtsgeschäfts, eines Vertrags, ist. Erfolgt die Annahme durch Willenshandlung, so muß zur Perfektion des

---

[1]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, Kap. 6 S. 415 ff., insbesondere S. 439 ff.

[2]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 444 ff.

[3]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 445 ff., wo ausgeführt wird, daß das die Willenstat bedeutende Verhalten auch im Unterlassen einer Körperbewegung bestehen kann.

Vertrags der Wille des Annehmenden hinsichtlich der vertragswesentlichen Punkte mit dem erklärten Willen des Offerenten übereinstimmen. Diese Uebereinstimmung bezieht sich hier, wie bei den Willenserklärungen, auf den wahren inneren Willen. Besonders klar hebt sich das rechtliche Bild der Vertragsannahme nach § 151 ab, wenn wir unser Augenmerk der Betrachtung einer solchen Willenshandlung zuwenden, die mit dem erklärten Willen des Vertragsofferenten divergiert. Es versteht sich übrigens auch hier von selbst, daß wir nicht dort, wo wir, vom objektiven Standpunkt aus betrachtet, eine nach § 151 erfolgte Annahme vermuten, eine solche als vorliegend ansehen dürfen, wenn sie mangels eines rechtsgeschäftlichen Willens gar nicht vorliegt[1]). Wer z. B. ein ihm zugesandtes offeriertes Buch, weil er es mit einem eigenen unaufgeschnittenen Buche verwechselt, aufschneidet, nimmt eine Annahme nach § 151 überhaupt nicht vor. Zu einer rechtlich erheblichen Willenshandlung nach § 151 gehört notwendig die innere rechtsgeschäftliche Absicht, der Erfolgswille. Es scheiden daher alle Willenshandlungen, in deren Tatbestand ein rechtsgeschäftlicher Wille nicht enthalten ist, aus. Wo dagegen ein solcher Wille vorhanden ist, richtet sich der eintretende Rechtserfolg allein nach ihm. Es fehlt nur das den Erklärungsgeschäften eigentümliche Zwischenglied, die Erklärung. Der Wille bestimmt hier ganz allein den Erfolg. Ist der rechtsgeschäftliche Wille anders, als ein Dritter vermutet, so ist das gleichgültig. Daher ist bei diesen Willenshandlungen ein sich auf die Absicht beziehender Willensmangel ausgeschlossen. Eine Prüfung, ob einer der in den §§ 116 ff. statuierten Fälle auch bei einer Annahmehandlung nach § 151 vorliegen kann, lehrt, daß ein Irrtum im Motiv für das Zustandekommen einer solchen Willenshandlung bestimmend sein kann[2]). Es zeigt sich hieraus, wie Recht der Gesetzgeber tat, diesen Irrtum von den übrigen Irrtumsfällen dadurch zu sondern, daß er ihm einen besonderen Platz im § 119, nämlich den Absatz 2, einräumte. Der Irrtum im Motiv ist vom Irrtum in der Absicht zu trennen. „Elemente der Absicht", sagt Manigk[3]), „sind nur die auf den eintretenden Erfolg direkt sich beziehenden Vorstellungen. Alle diejenigen einer Handlung, insbesondere einer Willenserklärung vorausgehenden Vorstellungen, welche dem Zweck der Individualisierung der Absicht nicht mehr dienen, vielmehr darüber hinausgehen, sind nicht mehr Elemente der Absicht, sie können nur als Motive zur Handlung wirken. Motive sind diejenigen Vorstellungen, die

[1]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 554 ff.; ferner sein „Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte" S. 247—285.

[2]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 478.

[3]) cf. Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte. S. 258 ff., auch S. 266.

auf die Absicht und dadurch auf den unmittelbaren Willen bestimmend einwirken. Die motivierenden Vorstellungen liegen weiter zurück, sie treten auch früher auf als die Absichtsvorstellungen.“ Im allgemeinen sind die Motive bei den Rechtsgeschäften unerheblich. § 119 Abs. 2 erhebt aber gewisse motivierende Vorstellungen zu rechtlicher Erheblichkeit. Da eine zu einer rechtsgeschäftlichen Absicht motivierende Vorstellung, die irrig ist, zu einer Annahme nach § 151 sehr wohl führen kann, wird man die Norm des § 119 Abs. 2 auch auf eine solche Willenshandlung übertragen müssen. Ein nach dieser Norm erheblicher Irrtum muß auch die Unwirksamkeit einer auf Grund eines solchen Irrtums vorgenommenen Annahme nach § 151 zur Folge haben. Weil aber hier auf ein durch die Handlung hervorgerufenes Vertrauen des Vertragsgegners keine Rücksicht genommen zu werden braucht, wird man sich mit Manigk für die Nichtigkeit solcher Willensakte erklären müssen. Ebenso können auch durch Betrug erweckte unrichtige Vorstellungen zu einer Vertragsannahme nach § 151 führen und dabei als Motive fungieren. Da der Betrug für die Beurteilung der Wirksamkeit der Erklärungsgeschäfte als wesentlich gilt, wird auch bei einer unter solchen Umständen zustandegekommenen Annahme nach § 151 das gleiche zu gelten haben, nur wieder mit dem Unterschied, daß in einem solchen Falle nicht Anfechtbarkeit, sondern Nichtigkeit der Willenshandlung eintritt. Wenn auch die §§ 116 ff. (auch §§ 119 Abs. 2 und 133) nur für Erklärungsgeschäfte passen und daher auf derartige erklärungslose, rechtsgeschäftliche Rechtshandlungen, wie die Annahme nach § 151, keine Anwendung finden können, so wurzeln trotzdem letztere im Gesetz. Die obigen im Anschluß an § 119 Abs. 2 gemachten Ausführungen ergaben, daß billigerweise ein Irrtum im Motiv, sofern er vom Gesetz als wesentlich bezeichnet ist, auch bei einer erklärungslosen rechtsgeschäftlichen Willenshandlung Berücksichtigung finden muß, also daß die Norm des § 119 Abs. 2 auch auf derartige Willenshandlungen paßt. § 151 lehrte, daß das gegnerische Recht auf eine Erklärung verzichtbar ist, womit also der Gesetzgeber ausspricht, daß es dort, wo es das Interesse des Gegners nicht erheischt, einer Erklärung nicht bedarf, und daß das Gesetz sich mit dem nicht erklärten, sondern nur verwirklichten Willen begnügen will[1]). In der sich aus § 151 ergebenden rechtlichen Gleichstellung des nicht erklärten, sondern nur irgendwie realisierten Erfolgswillens mit dem erklärten Erfolgswillen besteht die Eigenart des Manigkschen Willensgeschäfts.

[1]) cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 517 ff. § 151 gibt dem Erklärenden auch das Recht, den Erklärungsmodus dem Gegner vorzuschreiben, sowie die Möglichkeit, den Moment der Wirksamkeit auf dem Wege der Erklärung frei und vom § 130 abweichend zu bestimmen.

Die Annahme nach § 151 ist dem Willensgeschäft wesensverwandt[1]). Sie unterscheidet sich von ihm nur dadurch, daß sie allein nicht die gewollten Rechtswirkungen auslösen kann, weil zu einem Vertrage mehrere rechtserzeugende Faktoren begrifflich gehören. Manigk verkennt das selbst nicht. Auf Seite 514 seines Werkes „Willenserklärung und Willensgeschäft" führt er zutreffend aus: „Dort, wo nicht nur eine Willenserklärung, sondern ein Vertrag gefordert wird, kann ein nicht durch beiderseitige Erklärung vermittelter, lediglich innerer zufälliger Konsens zweier Subjekte niemals positive Vertragswirkungen zwischen ihnen erzeugen, aber auch das bloße Kongruieren der Erklärungen[2]) genügt nicht. Beides muß kumulativ vorliegen. Der Vertrag setzt daher zur vollen positiven Wirksamkeit die Kongruenz von vier Faktoren (im Falle eines gemäß § 151 zustandegekommenen Vertrags von drei Faktoren) voraus: Die beiden inneren Willen der Parteien und ihre beiderseitigen Erklärungen. Der Konsens in diesem Sinne ist die Bedingung der positiven Wirksamkeit." Es ist nicht richtig, das Wesen des Vertrags als die Uebereinstimmung und das Zusammenwirken zweier Erklärungen zu

[1]) Nach Manigk ist die Annahme nach § 151 allein schon ein Rechtsgeschäft, nämlich ein Willensgeschäft, weil sie den Erfolgswillen enthält. Der Vertrag, der zwei Erfolgswillen notwendig enthalten muß, ist nach ihm kein Rechtsgeschäft, sondern ein aus zwei Rechtsgeschäften, und zwar im Falle des § 151, ein aus einem Erklärungs- und einem Willensgeschäft verschmolzenes Rechtsgebilde, ein Rechtsgeschäft im weiteren Sinne. Wir wollen uns einer solch engen Begrenzung des Begriffes „Rechtsgeschäft im engeren Sinne" nicht anschließen. Sie rechtfertigt sich vielleicht nach dem Gesetz, wo oft Willenserklärung und Rechtsgeschäft gleich gesetzt werden und bald der eine, bald der andere Ausdruck gebraucht wird. Wir wollen unter Rechtsgeschäft im engeren Sinne unseren früheren Ausführungen gemäß die Summe aller rechtserzeugenden Faktoren (minus die objektiven Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts) verstehen. Dann müssen wir den Vertrag als ein Rechtsgeschäft, die Annahme nach § 151 als Teil eines Rechtsgeschäfts ansehen.

[2]) cf. Manigk, Deutsche Juristen-Zeitung Bd. VII No. 12 S. 281, wo es heißt: „Besonders klar leuchtet der Gesetzesbegriff des Rechtsgeschäfts aus den Normen des 2. Titels „Willenserklärung" hervor. Hier zeigt es sich, daß der Gesetzgeber bei den Rechtsgeschäften sogar die Erklärung des oben bezeichneten Willens (des auf den rechtlichen Erfolg der Handlung gerichteten Willens des Handelnden voraussetzt. Die Erklärung kann erfahrungsgemäß mancherlei Abweichungen vom inneren Willen erleiden. Diese sogenannten Willensmängel liegen den §§ 116 ff. zugrunde. Aus der gesetzlichen Berücksichtigung des von der Erklärung abweichenden inneren Willens (Schein, Nichternstlichkeit, Irrtum u. a.) ergibt sich, daß das Rechtsgeschäft nicht nur in einem äußeren, wahrnehmbaren Tatbestande besteht, sondern ein inneres Moment eine erhebliche Rolle spielt, nämlich der Erfolgswille, daß die Erklärung hingegen nur insofern voll wirksam ist, als er sich mit der Erklärung deckt. §§ 116 und 164 Abs. 2 enthalten durch besondere Gründe gebotene Ausnahmen hiervon, nicht die Regel.

bezeichnen. Konsens ist nicht nur Erklärungsübereinstimmung, sondern recht eigentlich Willensübereinstimmung.

Dank der gründlichen Untersuchung Manigks können wir nunmehr die aus dem Gesetz direkt sich ergebenden Rechtssätze, die für die Rechtsgeschäfte im allgemeinen gelten, erkennen. Es sind die folgenden:

Bei den Rechtsgeschäften ist die Erklärung des Willens nur dort erforderlich, wo die Wirkungen der Handlung eine fremde Rechtssphäre berühren. Der nicht erklärte innere Wille, der sog. Erfolgswille, kann positive Wirkungen nicht erzeugen, wo das Gesetz eine Willenserklärung verlangt. Alle Rechtsgeschäfte, die einer Willenserklärung bedürfen, sind anfechtbar, und es müssen die Willenserklärungen, um wirksam zu sein, zugegangen sein. Auch bei den erklärungslosen Rechtsgeschäften (sog. Willensgeschäften) üben Willensmängel, soweit solche hier möglich und rechtserheblich sind, einen die Wirksamkeit solcher Geschäfte negierenden Einfluß aus. Alle Rechtsgeschäfte lassen, sofern das Gesetz nicht Ausnahmen zuläßt, Bedingung, Zeitbestimmung und Stellvertretung zu. Für alle Rechtsgeschäfte besteht zu ihrer Wirksamkeit das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit.

c) Das Verfügungsgeschäft nach Sohm.

So fruchtbar für die Erkenntnis des Rechtsgeschäftsbegriffes die Resultate der Manigkschen Forschung auch sind, so befriedigen sie doch nur nach einer Richtung hin, insofern sie nämlich die beiden Rechtsgeschäftselemente „Willenserklärung“ und „Erfolgswille“ erschöpfend behandeln. Nach anderer Richtung hin sind sie aber unergiebig. Sie geben keine genügende Auskunft darüber, ob außer den von Manigk scharf gezeichneten zwei Rechtsgeschäftselementen noch weitere rechtserzeugende Faktoren in gewissen Rechtsgeschäftstatbeständen vorkommen können und welcher Art diese sind. Es befremdet, daß Manigk, wie seine Ausführungen[1]) über die Bedeutung des corpus im Rechtsgeschäftstatbestande ergeben, die Existenz solcher an sich nicht in Frage stellt, sie aber eines näheren Eingehens trotzdem nicht für wert hält, offenbar, weil er sie nur für objektive Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftsgesamttatbestands hält, wie eine solche z. B. der Tod bei der letztwilligen Verfügung bildet. Ich glaube, Manigk wird zu seiner stiefmütterlichen Behandlung der noch neben der Willenserklärung und dem Erfolgswillen bestehenden rechtserzeugenden Faktoren im Rechtsgeschäftstatbestand durch die vorgefaßte Meinung[2]) veranlaßt, es

[1]) cf. Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte. S. 190—206.

[2]) cf. Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte. S. 193.

sei unrichtig, wenn man das in einem Geschäftstatbestand gesetzlich geforderte corpus als eine Handlung qualifiziere und ihr daraufhin irgendwelche rechtliche Eigentümlichkeiten einer solchen zumute. Er begründet diese Ansicht in folgender Weise. Er sagt[1]: „Wo die Rechtsordnung eine den Willen einer Person entsprechenden Rechtserfolg noch von einem corpus abhängig macht, verlangt sie gar keine Handlung jener Person, sondern es kommt der Rechtsordnung in diesen Fällen nur darauf an, daß diese Person, von einer bestimmten Willensrichtung in ihr abgesehen, in einem bestimmten Verhältnis zu einer Sache steht. Ueberall, wo also in einem Rechtsgeschäftstatbestande neben der Willenserklärung ein corpus gefordert wird, braucht dieses nicht in einer zwischen den Parteien vorzunehmenden Handlung zu bestehen, es kommt vielmehr nur auf den Effekt, nämlich die Herstellung resp. Aufhebung eines Besitzverhältnisses an, und es ist gleichgültig, wodurch letzteres bewirkt wird. Es ist gleichgültig, wie z. B. der Erwerber beim Eigentumserwerb in den Besitz der Sache gekommen ist. Er kann die Sache ohne eine Traditionshandlung des Eigentümers selbst apprehendiert haben; oder ein Dritter, der nicht einmal Stellvertreter des Eigentümers war, kann ihm die Sache gegeben haben; oder es lag überhaupt keine menschliche Handlung vor, die Sache ist vielmehr infolge irgend einer anderen natürlichen causa in seine Gewalt gekommen. Nur der Besitz soll beim Erwerber des Eigentums vorhanden sein. Dazu ist aber auch nicht etwa „Uebergabe", d. h. eine Handlung des Eigentümers nötig. Wer bei der Eigentumsübertragung eine Uebergabehandlung neben der Einigung verlangt, verlangt zu viel." Dieser Ansicht Manigks ist nicht beizupflichten, und es entbehrt die von Stöver in seiner Arbeit über die Einigung im Sachenrecht gegen Manigk geübte Polemik[2] keineswegs, wie Manigk glaubt[3], jeder Berechtigung, wenn auch Stöver hierbei aus anderen Gründen fehlgeht. Wir werden später hierauf noch besonders zurückkommen. Die Unrichtigkeit der Manigkschen Auffassung zeigen schon die Schlußfolgerungen, die dessen Ansicht zur Folge haben müßten. Es würde eine gültige Eigentumsübertragung z. B. dann vorliegen müssen, wenn A. mit B. einig geworden ist, daß die Sache x ins Eigentum des B. übergehen soll und B. daraufhin, noch ehe es zu einer Uebergabe der Sache durch A. gekommen ist, die Sache x dem A. ohne dessen Wissen und Willen heimlich entwendet. Es liegt m. E. auf der Hand, daß der hier von B. erworbene Besitz das Eigentum des B. trotz der vorangegangenen Einigung nicht vermittelt. Es ist bedauerlich, daß Manigk, nachdem er bereits bis zu einer

[1] cf. Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte. S. 193, 194, 195.

[2] cf. Stöver im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 26 S. 166/167.

[3] cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 654 Anm. 742.

Würdigung des „corpus“ im Rechtsgeschäftstatbestande gelangt ist, infolge einer irrigen Vorstellung den eingeschlagenen Weg wieder verläßt. Er geht fehl, weil er mit Unrecht den Zustand als den normalen ansieht, in welchem das erforderliche corpus im Tatbestande schon bei Abschluß des Konsenses [1] verwirklicht ist, während er gerade umgekehrt für den Normalfall denjenigen halten mußte, in dem das Besitzverhältnis erst hergestellt bez. aufgehoben werden muß. Zur Erreichung des letzteren Zustands bedarf es noch wenigstens in den meisten Fällen einer Willenshandlung. Auch das sich zu dem Rechtsgeschäftselement „Willenserklärung“ resp. „Erfolgswille“ noch gesellende weitere Rechtsgeschäftselement wird daher in der Regel von einem Willen getragen sein [2]. Warum dies der Fall ist, lehrt die Betrachtung einer besonders für unsere Untersuchung wichtigen Rechtsgeschäftsgruppe, nämlich die der Verfügungsgeschäfte. Mit ihnen hat sich in neuerer Zeit insbesondere Sohm in seinen Arbeiten „Der Gegenstand“ und „Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung“ beschäftigt. Sohm füllt, indem er uns mit dem Begriff des Gegenstandes im BGB. vertraut macht, die von Manigk gelassene Lücke aus. Der „Gegenstand“ ist ein von Sohm entdeckter, bisher in den Tiefen des Gesetzes verborgen ruhender Grundbegriff, der mit dem Verfügungsgeschäft eng verquickt ist.

Gegenstand [3] (vergl. z. B. §§ 135, 161, 185, 816, 2040 BGB.) bedeutet nach Sohm nicht ein möglicher Gegenstand von Rechten, nicht Rechtsgegenstand. Er bezeichnet auch nicht zusammenfassend Sachen und Rechte. Gegenstand im Rechtssinne ist nicht der Rechtsgegenstand als solcher, sondern, was Gegenstand eines Verfügungsgeschäfts sein kann, der Verfügungsgegenstand. Gegenstände im Sinne des BGB. sind also Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs. Für jeden Gegenstand bedarf es eines besonderen Verfügungsgeschäfts. Soviel Gegenstände, soviel Verfügungsgeschäfte.

Unter Verfügungsgeschäft [4] versteht er ein die Rechtslage (die Zuständigkeit, die Art des Daseins) eines bestimmten Gegen-

[1] cf. Wunderlich, Die Eintragungsbewilligung. Leipzig 1906. S. 5 Anm. 5. Mit Wunderlich halte ich es für unbedenklich, das Willensmoment im Rechtsgeschäft auch da, wo kein Vertrag vorliegt, der Einfachheit halber Konsens zu nennen. Im vorliegenden Falle wird wohl nur ein Vertrag in Frage kommen können, sofern wir nicht mit Manigk die Aneignung, die Preisgabe und den Eigenbesitzerwerb als Rechtsgeschäfte anerkennen.

[2] cf. Die klare und zutreffende Polemik Simons gegen Stöver, in der derselbe Gedanke ausgesprochen ist. Leonhards Studien, 20. Heft S. 3 u. 4 Anm. 1.

[3] cf. Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht. Sohm, Gegenstand § 1 S. 5, 6 u. 7. Auch künftig werde ich nach Möglichkeit die Ansicht Sohms in dessen eigenen Worten wiedergeben, da sonst zu leicht sich Mißverständnisse einschleichen könnten.

[4] cf. Sohm, Gegenstand. S. 7 § 2.

standes unmittelbar änderndes Rechtsgeschäft. Das Verfügungsgeschäft bildet zusammen mit dem sog. „Verpflichtungsgeschäft" die dem Vermögensrecht (d. h. dem Schuld- und Sachenrecht) eigentümlichen Rechtsgeschäfte. Das Verpflichtungsgeschäft geht nicht aus auf unmittelbare Rechtsänderung. Es stellt eine Rechtsänderung nur für die Zukunft in Aussicht. Für die Gegenwart begründet es, soweit es überhaupt auf vermögensrechtliche Rechtswirkungen gerichtet ist, nur die Verpflichtung zur Vornahme der späteren Verfügung[1]. Was das BGB. Verfügungsgeschäft nennt, hieß in der gemeinrechtlichen Literatur dinglicher Vertrag. Dieser früher übliche Ausdruck ist nicht sehr glücklich, denn es gibt dingliche Verträge auch auf dem Gebiete des Schuldrechts (z. B. Abtretung, Erlaßvertrag), sowie des Immaterialgüterrechts, und es gibt nicht bloß dingliche Verträge, sondern auch einseitig dinglich wirkende Rechtsgeschäfte (z. B. Aufgabe eines begrenzten dinglichen Rechts). Der Ausdruck Verfügungsgeschäft ist besser. Er bezeichnet jedes auf ein Vermögensrecht (einen Gegenstand) unmittelbar wirkende (genauer zu wirken fähige und bestimmte) Rechtsgeschäft. Nur die Verfügungsgeschäfte sind unmittelbar auf einen Gegenstand bezüglich. Verpflichtungsgeschäfte haben keinen Gegenstand, d. h. keinen Gegenstand, auf dessen Rechtslage sie unmittelbar zu wirken fähig und bestimmt wären. Sie können mittelbar, d. h. unter Hinzutreten anderweitiger Tatbestände auf Gegenstände rechtssatzmäßige dingliche Wirkung äußern (z. B. beim Mietvertrag das die Miete eines Grundstücks begleitende gesetzliche Pfandrecht). Ihre unmittelbar durch den Inhalt der Willenserklärung gegebene rechtsgeschäftliche Wirkung trifft dagegen immer nur die Person des Schuldners. Nur die Verfügungsgeschäfte sind gegenständliche Rechtsgeschäfte[2]. Verfügungsgeschäfte gibt es nur im Vermögensverkehr unter Lebenden. Verfügungen von Todes wegen sind keine Verfügungsgeschäfte im Sinne des BGB. (cf. § 1395 BGB.)[3]: Der Nachlaß ist kein Gegenstand. Ebenso sind alle Rechtsgeschäfte des Personenrechts von der Zahl der Verfügungsgeschäfte ausgeschlossen, auch dann, wenn sie eine unmittelbare Aenderung vermögensrechtlicher (güterrechtlicher) Verhältnisse herbeiführen. Der Verzicht auf die elterliche Nutznießung, der Erbvertrag, die Ausschlagung einer Erbschaft sind personenrechtlicher Natur und darum keine Verfügungsgeschäfte. Sie wirken auf die güterrechtliche Rechtslage einer bestimmten Person, nicht auf die Rechtslage eines bestimmten Gegenstands[4].

[1]) cf. Wunderlich, Eintragungsbewilligung. S. 77, 78.

[2]) cf. Sohm, Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. Arch. f. bürg. Recht Bd. 28 S. 192, 193; ferner Sohm, Gegenstand. S. 7 ff.

[3]) § 1395 ist die entscheidende Beweisstelle. Die Frau bedarf zur Verfügung über eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes, kann aber von Todes wegen frei verfügen.

[4]) cf. Sohm, Gegenstand. S. 8, 9.

Es gibt körperliche und unkörperliche Gegenstände[1]).

Körperliche Gegenstände sind die Sachen. Man versteht körperliche Gegenstände meist falsch, so, als wenn geschrieben stände, körperliche Dinge. Aber die Begriffsbestimmung sagt mehr. Nicht alle körperlichen Dinge sind Sachen im Rechtssinne, sondern nur diejenigen, welche Gegenstände sind, d. h. welche einen Gegenstand des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs bilden. Die weitaus meisten körperlichen Dinge sind keine Sachen im Rechtssinne, weil sie entweder aus tatsächlichen Gründen (z. B. Sonne, Mond, Sterne) oder durch die guten Sitten (z. B. Leichnam) vom verfügungsgeschäftlichen Verkehr ausgeschlossen sind. Was an körperlichen Dingen im Verkehr als einheitlicher Verfügungsgegenstand behandelt wird, ist eine Sache im Rechtssinn. Der körperliche Zusammenhang im naturwissenschaftlichen Sinne ist nicht notwendig und nicht genügend. Ein Bienenschwarm ist eine Sache im Rechtssinn, ein Couponbogen dagegen eine Mehrheit von äußerlich zusammenhängenden Sachen. Soviel Verfügungsgegenstände im Verkehr, soviel Sachen im Rechtssinne. Für Grundstücke ist der Grundbuchverkehr maßgebend. Soweit das Grundbuch nach Grundstücken geordnet ist, gilt die Regel: was ein Grundbuchblatt hat, ist ein Grundstück. Das rechtliche Wesen der Sache ist, daß sie einen selbständigen Verfügungsgegenstand bedeutet. Sachinbegriffe sind keine Sachen im Rechtssinne, ebenso auch Sachbestandteile. Sie sind keine selbständigen Verfügungsgegenstände, denn Verfügung über die Sache ist kraft Rechtsnotwendigkeit Verfügung über alle ihre Bestandteile. Das Eigentum fällt für den verfügungsgeschäftlichen Verkehr mit der Sache zusammen. Es ist für ihn die Sache, und die Gegenständlichkeit der Sache bedeutet für das Recht die Gegenständlichkeit des Eigentums. In diesem Sinne ist auch das Eigentum ein körperlicher Gegenstand. Die begrenzten Rechte an Grundstücken aber, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten (1017 BG. 68, 196), sind keine körperlichen Gegenstände, obgleich sie als Verfügungsgegenstände im allgemeinen den Grundstücken (dem Eigentum) gleichbehandelt werden. Sie erscheinen im verfügungsgeschäftlichen Verkehr als Rechte, d. h. als unkörperliche Gegenstände, nicht als Sachen.

Unkörperlich sind alle Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs, die keine Sachen sind. Unter diesem Gesichtspunkt fallen zwei Gruppen von Rechten:

1. Gegenstände sind alle Rechte, die durch Verfügungsgeschäft begründet werden. Dahin gehören die begrenzten dinglichen Rechte: das Erbbaurecht, die Dienstbarkeiten, das dingliche Vorkaufsrecht, die Reallast, die Hypothek, die Grundschuld, das Pfandrecht. Diese Rechte sind in ihrer Mehrzahl nicht oder doch

[1]) Hier folgt die wörtliche Wiedergabe von §§ 3, 4 von Solms Gegenstand; es ist nur ganz wenig fortgelassen. cf. S. 16, 23.

nicht selbständig übertragbar, so daß selbständige Verfügung durch Veräußerung oder Belastung ausgeschlossen ist. Es gibt Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können (1439, 1554). In gewissen Grenzen unterliegen aber auch diese Rechte der selbständigen Verfügung. Die Rechtsgeschäfte, durch welche der Inhalt oder der Rang dieser Rechte geändert und ebenso die Rechtsgeschäfte, durch welche diese Rechte aufgehoben werden, sind echte Verfügungsgeschäfte.

2. Für die Rechte, welche nicht durch Verfügungsgeschäft erzeugt werden, ist das Kennzeichen ihrer Eigenschaft als Gegenstand die Uebertragbarkeit: daß sie selbständig durch auf sie bezügliches Verfügungsgeschäft übertragen werden können. Die Uebertragbarkeit schließt die Belastbarkeit in sich. Es genügt, daß die Rechte ihrer Art nach übertragbar sind Diese Rechte, welche nicht durch Verfügungsgeschäft erzeugt werden, treten nur durch die Eigenschaft der Uebertragbarkeit in die Zahl der Gegenstände ein. Unter diesem Gesichtspunkt sind die Forderungsrechte Gegenstände. Ebenso die sog. Immaterialgüterrechte: Das Urheberrecht, das Verlagsrecht, das Erfinderrecht. Endlich das übertragbare Mitgliedschaftsrecht. Neben den Sachen stellen also nur die Rechte des Vermögensrechts (die dinglichen Rechte, die Forderungsrechte, die Immaterialgüterrechte) und die veräußerlichen, d. h. den Vermögensrechten gleichgesetzten Mitgliedschaftsrechte, Gegenstände im Sinne des BGB. dar.

Verfügungsgeschäfte gibt es nur im Vermögensverkehr. Verfügungsgegenstände können außer den Sachen (dem Eigentum) nur Vermögensrechte sein. Die rechtliche Eigenart der Vermögensrechte beruht darin, daß sie Gegenstände sind, Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs. Die personenrechtlichen Rechte sind keine Gegenstände. Sie können durch Verfügungsgeschäft weder begründet noch übertragen werden. Gegenstände sind die aktiven Bestandteile des Vermögens. Nur sie können Gegenstände eines Verfügungsgeschäfts sein.

Die Verfügungsgeschäfte zerfallen, soweit sie rechtsgeschäftlicher Natur sind, in zwei Gruppen: in „echte Verfügungsgeschäfte“ und „verfügende Gestaltungsgeschäfte“. Letztere sind Rechtsgeschäfte zu gegnerischen Lasten (z. B. Aufrechnung, Kündigung, Mahnung [1]) usw.). Sie interessieren uns für unsere Untersuchung nicht weiter. Dagegen nehmen die an erster Stelle genannten unser volles Interesse in Anspruch.

Diese [2]) von Sohm als echte Verfügungsgeschäfte bezeichneten Verfügungsgeschäfte im eigentlichen engeren Sinne sind Zu-

[1]) Hier besteht zwischen Sohm und Manigk eine Kontroverse. Manigk will die Mahnung ganz aus dem Rechtsgeschäftsgebiet ausschalten und sieht sie als Rechtshandlung an.

[2]) Auch hier gebe ich die Ansicht Sohms wörtlich wieder, weil ich dies der Verständlichkeit halber für am zweckmäßigsten halte. cf. Sohm, Gegenstand, S. 9, 10, 11, 13; ferner Arch. f. b. R. Bd. 28 S. 192, 195.

wendungsgeschäfte, d. h. durch gegenständliche Rechtsänderung den Geschäftsgegner bereichernde Rechtsgeschäfte. Sie sind Rechtsgeschäfte ausschließlich zu gegnerischen Gunsten. Sie bewirken das pauperiorem fieri des einen, das locupletiorem fieri des andern und sind um dieser Wirkung willen abgeschlossen. Beispiele sind die Veräußerung, die Belastung eines Gegenstands, die Aufhebung, die Inhalts- bez. Rangänderung eines Vermögensrechts (Gegenstands) zugunsten eines anderen. Nur derjenige, zu dessen einseitigen Lasten das Geschäft geschlossen ist, hat die Rolle des Verfügenden, der andere, zu dessen einseitigen Gunsten das Geschäft lautet, hat lediglich die Rolle des Erwerbenden. Die echten Verfügungsgeschäfte sind ihrer Wirkung nach einseitige Zuwendungsgeschäfte: Es verfügt nur der eine Teil (der Veräußernde, Belastende, Aendernde, Aufgebende). Daß nur die „echten Verfügungsgeschäfte" echte Verfügungsgeschäfte sind, wird durch das Anwendungsgebiet der Rechtssätze der Verfügungsgeschäfte von Sohm nachgewiesen.

Alle drei vom BGB. für die Verfügungsgeschäfte aufgestellten Gruppen von Rechtssätzen finden auf sie Anwendung.

So ist das Gebiet dieser echten Verfügungsgeschäfte zugleich das der Rechtssätze vom Rechtsgrunde der Vermögenszuwendung (causa), d. h. der Inhalt dieser Geschäfte ist abstrakt: sie sind reine Zuwendungsgeschäfte. Sie enthalten nur die Zuwendung. Sie sind, mit einer einzigen Ausnahme (Aufhebung eines begrenzten dinglichen Rechts), Verträge, bewirken also gegenständliche Rechtsänderung durch erklärte Willensübereinstimmung. Aber zum Tatbestand des Verfügungsgeschäfts gehört nur die Uebereinstimmung über die Rechtsänderung selbst, nicht auch die über die causa der Rechtsänderung. Aus ihrem eigenen Inhalt heraus sind die echten Verfügungsgeschäfte nicht bloß wirtschaftlich, sondern auch rechtlich unverständlich. Die mit ihnen beabsichtigte Rechtswirkung kann verschiedener Art sein (Schenkungs-, Zahlungswirkung). Welche Art der Rechtswirkung gewollt ist, kann aus der Zuwendung nicht entnommen werden. Diese reinen Zuwendungsgeschäfte bedürfen daher der Ergänzung durch ein Kausalgeschäft, d. h. durch die Einigung über die causa. Rechtsgrund, causa ist der Grund einer einseitigen Zuwendung, welcher die Zuwendung rechtlich verständlich macht, indem er über die rechtliche Art der Zuwendung Aufschluß gibt und damit zugleich über ihre rechtliche Wirkung entscheidet. Kommt ein gültiges Kausalgeschäft nicht zustande, so ist das Verfügungsgeschäft ohne rechtlichen Grund (es entbehrt der bestimmten Art, ist damit überhaupt ohne rechtlichen Sinn) und kann die Zuwendung nach den Vorschriften von der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden (812).

Zweitens finden auf derartige Verfügungsgeschäfte die Rechtssätze von der Gleichsetzung des Verfügungsgeschäfts eines Nicht-

berechtigten unter Zustimmung des Berechtigten (bez. bei nachfolgendem Rechtserwerb oder Erbgang) mit dem Verfügungsgeschäft des Berechtigten nach Maßgabe von § 185 Anwendung. Das Verfügungsgeschäft des Nichtberechtigten ist als solches unwirksam (die gewollte Wirkung kann durch Verfügungsgeschäft als solches nicht herbeigeführt werden); aber es ist gültig, es ist als wirkungsfähig vorhanden und kann daher durch anderweitige Vorgänge, insbesondere Zustimmung des Verfügungsberechtigten, vollwirksam werden, bez. wenn die Zustimmung im voraus erteilt war (Einwilligung), sofort vollwirksam sein.

Es gelten schließlich für die echten Verfügungsgeschäfte noch die Rechtssätze von dem Verfügungsgeschäft des Nichtberechtigten, insbesondere des legitimierten Nichtberechtigten zugunsten des gutgläubigen Erwerbers.

Wir wollen uns mit dem im obigen gegebenen Auszug aus den Sohmschen Ausführungen begnügen. Denn m. E. kann uns das Gegebene schon das Verständnis für das Folgende vermitteln.

Wir haben aus dem Auszuge die Erkenntnis gewonnen, daß das Verfügungsgeschäft ein mit dem Begriff „Gegenstand" so eng verbundenes Rechtsinstitut ist, daß es ohne Veränderung der Rechtslage des jeweiligen Verfügungsgegenstands gar nicht zur Entstehung gelangt. Es ist Existenzvoraussetzung eines Verfügungsgeschäfts, daß die Rechtslage des Gegenstands, über den verfügt wird, von den Beteiligten dem Verfügungswillen entsprechend geändert wird. Darin beruht aber m. E. gerade etwas für die Struktur derartiger Rechtsgeschäfte Bemerkenswertes, nämlich daß die Vollziehung des Verfügungswillens mit zum Tatbestand des Rechtsgeschäfts gehört. Nur der tatsächlich vollzogene, nicht schon der bloß kundgegebene Erfolgswille bildet hier die Voraussetzung zur Entstehung des Verfügungsgeschäfts. Außer diesem Erfordernis der Vollziehung des Verfügungswillens bleibt natürlich für die Verfügungsgeschäfte, weil sie nach unserer mit Sohm völlig übereinstimmenden Ansicht mit nur einer Ausnahme (Aufhebung eines begrenzten dinglichen Rechts) Verträge sind und diese Ausnahme auch eine fremde Rechtssphäre unmittelbar berührt, außerdem noch das Erfordernis der Kundgebung bestehen. Die Verfügungsgeschäfte sind mithin Erklärungsgeschäfte besonderer Art. Sie bedürfen zu ihrer Wirksamkeit noch der Vollziehung des Verfügungswillens. Sie haben also noch ein Merkmal mehr als die reinen Erklärungsgeschäfte, die wieder den Manigkschen Willensgeschäften um ein Merkmal voraus sind; während die von Manigk entdeckte Gruppe „Willensgeschäfte" ein Minus gegenüber den Erklärungsgeschäften in ihrem Tatbestande enthält, weist die von Sohm in ein neues Licht gerückte Gruppe der Verfügungsgeschäfte ein Plus auf.

Die Erkenntnis dieser Eigenart des rechtsgeschäftlichen Verfügungsgeschäftes im engeren Sinne wird dadurch sehr erschwert,

daß die Veränderung der Rechtslage des Gegenstandes (z. B. eines Forderungsrechtes) sehr oft schon mit dem geäußerten Willen sich vollzieht, daß also der Gegenstand dem bloßen Worte gehorcht. Bei derartigen Verfügungen wird immer im Augenblicke der Kundgebung des Verfügungswillens die Vollziehung der Verfügung vor sich gehen. Solche Rechtsgeschäfte erwecken daher ganz den Anschein völliger Identität mit den reinen Erklärungsgeschäften, von denen sie sich durch nichts unterscheiden, ohne aber tatsächlich identisch zu sein. Sie sind für die Erkenntnis der Struktur der Verfügungsgeschäfte schlechthin unverwertbar. Auf sie finden alle Rechtssätze über Rechtsgeschäfte, sowohl die den Erklärungsgeschäften, als auch die den Verfügungsgeschäften eigenen, ohne Besonderheit Anwendung und lediglich die Anwendbarkeit auch letzterer Rechtssätze zeigt, daß sie zur Gruppe der Verfügungsgeschäfte zählen. Aeußerlich lassen sie aber den Typus eines Verfügungsgeschäftes nicht erkennen. Innerlich zeigt sich natürlich auch bei ihnen die den rechtsgeschäftlichen Verfügungsgeschäften, den „echten Verfügungsgeschäften", innewohnende Eigenart. Denn die Willenserklärung erfüllt hier zwei Funktionen, erstens die der Kundgebung und zweitens die der Vollziehung der Rechtsänderung. Hervor tritt diese Sonderheit z. B. sofort dort, wo das Forderungsrecht ausnahmsweise verkörpert auftritt, beim Inhaberpapier. Beim Inhaberpapier wird das Gläubigerrecht durch das Recht am Papier bestimmt. Ohne Uebergabe des Papiers kommt eine Uebertragung des Gläubigerrechts aus dem Papier auf einen anderen nicht zustande. Hier erfüllt die Aeußerung des Verfügungswillens nur völlig die Funktion der Kundgebung, dagegen nur zum Teil die der Vollziehung, der Rechtsänderung. Zur Perfektion des Tatbestandes des Verfügungsgeschäfts gehört unbedingt noch die Uebergabe des Papiers[1]). Dieser Fall leitet über zu den Fällen, wo eine dingliche (d. h. sachenrechtliche) Rechtsänderung vollzogen werden soll. Hier ist das Verfügungsgeschäft stets vollziehungsbedürftig. Denn die Sache und die dinglichen Rechte gehorchen nicht dem Wort. Zum Eintritt der Verfügungswirkung bedarf es hier stets noch einer neben dem Verfügungsgeschäftskonsens herlaufenden Rechtshandlung, und zwar im Rechte der beweglichen Sache der Uebergabe, im Rechte der unbeweglichen Sache der Eintragung. Beiden Erscheinungen, der Uebergabe wie der Eintragung, wird noch im folgenden ein Kapitel gewidmet werden. Die Bezeichnung Rechtshandlung für beide mag befremdlich erscheinen. Tatsächlich sind sie beide vom Willen Beteiligter abhängig, auch letztere, denn bei ihr ist auch der Wille der Beteiligten zur Ein-

[1]) Anders beim Sparkassenbuch. Hier bestimmt sich das Recht am Buch nach dem Gläubigerrecht. cf. Aufsatz von Strohal „Das Sparkassenbuch im Sachenrecht" im „Recht" V. Jahrg. Nr. 7 S. 158—161.

tragungsbewilligung und zum Eintragungsantrag nötig; sicher aber ist der Wille des Grundbuchamtes beteiligt. Die Abhängigkeit der Uebergabe und Eintragung von den Willen der Beteiligten deutet darauf hin, daß wir sie nicht den bloßen objektiven Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts gleichstellen dürfen. Ihr innerer Zusammenhang mit dem Wesen des Verfügungsgeschäfts lehrt, daß sie Elemente des Rechtsgeschäfts sind, nämlich die typischen Formen, in denen die Vollziehung des Verfügungswillens überall da, wo der Gegenstand nicht schon dem bloßen Worte gehorcht, ermöglicht wird. Ohne Uebergabe resp. Eintragung ist das Rechtsgeschäft wirkungslos und wirkungsunfähig. Es entbehrt eines Tatbestandsmerkmals. Die Willensübereinstimmung über den Vollzug der beabsichtigten dinglichen Rechtsänderung vermag allein die Rechtswirkung nicht herbeizuführen. Sie allein ist machtlos, wenngleich sie in sich die Fähigkeit, zur Rechtsänderung mitzuwirken, trägt; denn erst zusammen mit der Uebergabe resp. Eintragung äußert sich ihre Wirkungsfähigkeit. Erst dann ist die Möglichkeit des sofortigen Eintritts der Rechtsänderung gegeben. Der Konsens ist also bei diesen Verfügungsgeschäften stets noch vollziehungsbedürftig. Wir wollen deshalb diese Rechtsgeschäfte zum Unterschied von den Erklärungs- und Willensgeschäften vollziehungsbedürftige Rechtsgeschäfte oder Rechtsgeschäfte mit vollziehungsbedürftigem Konsens nennen.

Zusammenfassend können wir sagen: Die elementaren Voraussetzungen der Möglichkeit des Eintritts der unmittelbaren Rechtsänderung müssen vorhanden sein, ehe man vom Dasein eines Verfügungsgeschäfts sprechen kann. Erst dann ist die Basis für den Eintritt der Verfügungswirkung vorhanden. Das Vorhandensein der erklärten Uebereinstimmung über eine beabsichtigte unmittelbare gegenständliche Rechtsänderung ist zum Entstehen eines jeden Verfügungsgeschäfts, da es die Rechtssphäre eines anderen unmittelbar berührt, notwendig, aber nicht immer schon genügend. Denn der Konsens ist oft allein nicht fähig, die Rechtsänderung zu realisieren. In solchen Fällen ist dann das Verfügungsgeschäft trotz bestehenden gültigen Konsenses noch unfertig. Es liegt dann erst ein Bruchstück, ein Teil des Rechtsgeschäfts, vor. Daß dieser Teil eventuell für sich Rechtsfolgen auslöst, berührt die Richtigkeit des Zuvorgesagten nicht. Denn diese Teilwirkung kann den Rechtserfolg nicht selbständig herbeiführen und der beliebige andere Rechtserfolg ist nicht der beabsichtigte, vom Willen als Enderfolg umfaßte.[1] Mit Recht betont

[1] Dasselbe ließe sich gegen die Ansicht Simons, der dem Konsens im Verfügungstatbestand die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung und damit den Vertragscharakter verleihen will, einwenden, sofern man ihm darin recht geben wollte, daß die erklärte Einigung über die Rechtsänderung eine Verfügungsbeschränkung zur Folge habe.

daher Zitelmann auf S. 301 seines „Irrtum und Rechtsgeschäft“: „Die Interims- und Nebenwirkungen einer Willenserklärung, sowie die Wirkungen, welche anstatt der beabsichtigten eintreten, sind für die Qualifikation einer Willenserklärung als eines Rechtsgeschäfts gleichgültig. Darum kann auch z. B. eine Offerte nicht deshalb ein Rechtsgeschäft genannt werden, weil sie etwa schon für sich allein eine Gebundenheit des Offerenten erzeugt; denn diese Gebundenheit tritt auch unbeabsichtigt ein.“ Ein Rechtsgeschäft und ebenso ein unter die Kategorie Rechtsgeschäfte zählendes Verfügungsgeschäft ist immer erst existent, wenn die Elemente desselben vorhanden sind. Es gibt, wie wir früher auseinandergesetzt haben, Rechtsgeschäfte, deren Grundlage der bloße betätigte Erfolgswille, ferner solche, deren Grundlage allein der Konsens bildet. Man kann dann das Vorhandensein dieses Elementes, bzw. jener Elemente Rechtsgeschäfte nennen, selbst wenn die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts noch von anderen Faktoren abhängig ist[1]. In den häufigsten Fällen zeigt sich die Rechtsgeschäftsnatur an dem Vorhandensein eines Konsenses. Diese häufigste Art, in der das Rechtsgeschäft oft schon völlig fertig auftritt, hat auch die Formulierung der Definition des Rechtsgeschäfts der Motive als „Privatwillenserklärung“ veranlaßt und sie erschwert wohl auch die Befreundung mit den Manigkschen Untersuchungen über das Willensgeschäft. In gewissen Fällen aber, nämlich bei der dinglichen Rechtsänderung, reichen sogar diese Elemente noch nicht einmal aus, um die Grundlage des Rechtsgeschäfts bilden zu können. Der Grund, warum das Willensmoment trotz seiner Kundgebung den Rechtserfolg hier nicht allein herbeizuführen imstande ist, liegt darin, daß nicht immer schon durch bloße Willensäußerungen Veränderungen der Rechtsverhältnisse herbeigeführt werden können. Namentlich bedarf die Herbeiführung einer unmittelbaren Rechtsänderung oft noch der tatsächlichen Ausführung. So kann eine rechtsgeschäftliche dingliche Rechtsänderung durch bloße Willenserklärungen nicht schon herbeigeführt werden, denn die Sache gehorcht nicht dem Wort. Es muß hier notwendig noch zu der Willenserklärung der den Rechtserfolg ermöglichende Vollzug der Willenserklärung treten. Für solche Rechtsgeschäfte gilt nun, was oben ausgeführt worden ist, daß hier erst die Summe der vom Gesetz erforderlichen Elemente die Grundlage desselben, das Rechtsgeschäft, bildet. Diese Art Rechtsgeschäfte ist streng zu sondern von den Fällen, in denen das Rechtsgeschäft in komplizierter Form auftritt. Ich meine damit solche Fälle, wo ein Rechtsgeschäft, das im Regelfalle den Rechtserfolg ohne Besonderheit herbeiführen würde, ausnahmsweise den Rechtserfolg

[1]) Wir haben uns hierüber schon am Ende von § 2 dieser Arbeit verbreitet.

nicht herbeiführen kann, weil die Wirksamkeit desselben nach den positiven Bestimmungen der Rechtsordnung noch von besonderen Voraussetzungen abhängig ist. Die Herbeiführung der Rechtswirkung eines Rechtsgeschäfts kann nämlich oft noch abhängig sein von dem Hinzutritt einer oder mehrerer Handlungen oder Umstände, die erst eingetreten sein müssen, ehe der angestrebte Erfolg eintreten kann. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein Rechtsgeschäft bedingt oder befristet ist oder einer Form noch zur Wirksamkeit bedarf, oder auch, wenn der Konsens zur Herbeiführung der Rechtswirkung allein nicht stark genug ist und zur Behebung dieses Mangels noch der Zustimmung Dritter oder einer Behörde bedarf[1]). In diesen Fällen bildet der Konsens[2]), trotzdem die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts noch von dem Eintritt bestimmter Voraussetzungen abhängig ist, sehr oft, nämlich immer, sofern nicht ein Rechtsgeschäft mit vollziehungsbedürftigem Konsens in Frage kommt, ganz allein die Grundlage des Rechtsgeschäfts[3]); denn er würde, wenn nicht die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts ausnahmsweise noch vom Eintritt

[1]) Zum Verständnis dürfte am besten die von Simon in seiner Arbeit über „Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung" zwischen der dinglichen Rechtsänderung und der Annahme an Kindes Statt gezogene Parallele dienen. Zur Erläuterung sei vorausgeschickt, daß Simon die den Konsens bildenden Elemente zu einem Element zusammenfaßt und im Gegensatz zu den weiteren Elementen „Uebergabe" resp. „Eintragung" stellt. Simon führt aus: „Die Aehnlichkeit der Annahme an Kindes Statt mit der dinglichen Rechtsänderung, die zuerst ganz eminent zu sein scheint, ist in Wirklichkeit eben nur Schein. Die Adoption wird nicht, wie die dingliche Rechtsänderung, durch einen aus zwei Elementen zusammengesetzten Tatbestand, sondern durch einen einzigen einheitlichen Akt herbeigeführt: den Annahmevertrag. Dieser Annahmevertrag muß jedoch zu seiner Wirksamkeit von mehreren Willenseinheiten getragen sein: von dem Willen des Annehmenden und des Kindes, die sich zum Vertragswillen zusammenschließen, eventuell von dem Willen der in den §§ 1746/47 BGB. genannten Personen, deren Einwilligung erforderlich ist, und schließlich von dem Willen des zuständigen Gerichts, welches die Bestätigung erteilt. Die Einwilligung der in den §§ 1746/47 BGB. genannten Personen und die Bestätigung des Gerichts sind, von diesem Standpunkte aus betrachtet, völlig gleich geartet. Beide bringen den Annahmevertrag zur vollen Wirkung, sie vollenden ihn, wie die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die in den §§ 1821/22 BGB. genannten Rechtsgeschäfte des Vormunds, dessen Wille allein nicht stark genug ist, vollendet. Die Eintragung bzw. die Uebergabe bei der dinglichen Rechtsänderung dagegen tritt zu der Einigung als etwas Selbständiges hinzu, sie vollendet nicht die Einigung, sondern ein Drittes, die Rechtsänderung. Die Rechtslage ist also bei der Annahme an Kindes Statt eine völlig andere, wie bei der dinglichen Rechtsänderung: Hier haben wir einen Rechtsakt, der allerdings von mehreren Willenseinheiten getragen sein muß, dort haben wir zwei selbständige Rechtsakte. cf. Heft 20 von Leonhards Studien Kap. VIII S. 86 u. 87.

[2]) Beim Willensgeschäft der Erfolgswille.

[3]) Das gilt auch für Verfügungsgeschäfte, wo der Gegenstand dem bloßen Worte schon gehorcht.

bestimmter Voraussetzungen abhängig wäre, ja völlig genügend sein, die Rechtsfolge herbeizuführen. Die Rechtsgeschäfte mit vollziehungsbedürftigem Konsens dagegen bedürfen nicht ausnahmsweise, wie die vorgenannten Rechtsgeschäfte, sondern grundsätzlich als Gattung noch des Hinzutretens eines weiteren Tatbestandsmerkmals neben dem Konsens, nämlich einer die Vollziehung des Konsenses ermöglichenden Rechtshandlung der Uebergabe resp. der Eintragung.

§ 4.

3. Insbesondere der Begriff des Vertrags und sein Verhältnis zum Rechtsgeschäft.

I. Etwas enger als der Rechtsgeschäftsbegriff ist der Vertragsbegriff, weil er noch durch ihm allein eigentümliche Elemente, die die Rechtsgeschäfte, welche keine Verträge sind, nicht haben, näher bestimmt ist. Während zu einem Rechtsgeschäft ohne Vertragscharakter der auf die beabsichtigte Rechtsfolge gerichtete Wille schon einer Person genügt, werden zum Vertrage die hinsichtlich der Rechtsfolge übereinstimmenden Willenserklärungen von mindestens zwei einander als Parteien gegenübertretender Personen erfordert. Der Vertrag ist mithin ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Wie der das Willensmoment bildende Tatbestand bei einem Vertrage im einzelnen gegliedert ist, ist schon früher bei der Wiedergabe der Manigkschen Ansicht[1]) eingehend dargelegt worden. Wir können uns deshalb hier darauf beschränken, zu wiederholen, daß in der Regel die Uebereinstimmung von vier Faktoren, nämlich des Erfolgswillens und der Willenserklärung der einen und des Erfolgswillens und der Willenserklärung der anderen Vertragspartei gefordert werden muß. Wir werden künftig, wie dies auch schon bisher des öfteren geschehen ist, diese Faktoren unter der Bezeichnung „Konsens" zusammenfassen und das unter diesem Ausdruck zusammengefaßte Willensmoment im Rechtsgeschäftstatbestand im Gegensatz zu den gesondert behandelten weiteren Vertragselementen (Uebergabe, Eintragung) als Einheit behandeln, soweit nicht etwa auf die Zergliederung des Konsenses in Antrag und Annahme etwas ankommt. Es erleichtert diese auch anderweit übliche Gepflogenheit ungemein die Einfachheit der Darstellung. — Die Kontroverse[2]), ob beim Vertrag Willensbindung oder Willenseinigung vorliegt, hat für unsere Betrachtung keinen praktischen Wert.

[1]) cf. § 2b dieser Arbeit, sowie Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 500 ff.

[2]) cf. Bruck a. a. O. § 1 unter I S. 1 ff., Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag, Berlin 1904, S. 6 unter II u. S. 7 Anm. 1, Salomon, Die Genehmigung usw., a. a. O. S. 36/37.

M. E. müssen die Willen der Kontrahenten bei einem Vertrage darüber übereinstimmen, daß ein bestimmter beabsichtigter rechtsgeschäftlicher Zweck verwirklicht wird. Auf diesem Standpunkt steht auch das BGB.

II. Bemerkenswert ist, daß der heutige Vertragsbegriff im Privatrecht dessen ganzes Gebiet umfaßt. Er ist trotz mancher die Beschränkung des Vertragsbegriffes auf das Recht der Schuldverhältnisse befürwortenden Einwendungen, wie der römische Begriff des pactum, auf das Obligationenrecht nicht beschränkt. Besonders heftig hat z. B., und zwar noch in neuerer Zeit Jacobi[1] gegen die Ausdehnung des Vertragsbegriffes auf das ganze Privatrecht polemisiert. Er führt aus: „Nach dem Sprachgebrauche des Lebens ist Versprechen das Rechtsgeschäft der einseitigen Selbstverpflichtung und Vertrag das Rechtsgeschäft der wechselseitigen Selbstverpflichtung. Die heutige Auffassung des Vertragsbegriffes genügt dem Erfordernis der Gemeinverständlichkeit nicht und stimmt mit dem Sprachgebrauche des Lebens nicht überein.“ Er schlägt vor, die Rechtsgeschäfte in folgende vier Gruppen einzuteilen, nämlich in Rechtsgeschäfte, die

1. Verbindlichkeiten begründen (Errichtungsakte);
2. bestehende Verbindlichkeiten aufheben (Aufhebungsakte, z. B. Erlaß);
3. auf Grund bestehender Verbindlichkeiten Rechte übertragen oder Rechte an Rechten bestellen (Rechtsveränderung durch Erfüllungsakte);
4. bestehende Rechte aufheben (Rechtsveränderung durch Aufhebungsakte, z. B. Verzicht).

Jacobi billigt es, nur die Kategorien 1 und 2 zu den Verträgen zu rechnen, für die Kategorien 3 und 4 prägt er den Terminus technicus (Erfüllungsakte). Der Vorschlag Jacobis hat mit Recht keinen Anklang gefunden. Der Vertragsbegriff findet heute im BGB. überall auch außerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse Anwendung, wie dies schon Savigny seinerzeit angeregt hatte.

Immerhin halte ich zum Verständnis der verschiedenen Vertragsarten die Einteilung Jacobis für instruktiv. Aus ihr geht hervor, wie verschiedene Gruppen von Verträgen vorkommen können. Die Rechtsgeschäfte seiner ersten Kategorie entsprechen, sofern wir das ja für uns nur in Betracht kommende Vermögensrecht (Schuld- und Sachenrecht) ins Auge fassen, den von uns als Verpflichtungsgeschäfte bezeichneten Rechtsgeschäften, während die übrigen drei Kategorien sämtlich Verfügungsgeschäfte sind. Jacobi scheut sich nur, die Verfügungsgeschäfte des Schuldrechts

[1] Jacobi, Versprechen und Vertrag, abgedruckt im 35. Bande von Iherings Jahrbüchern. cf. S. 12 ff. Auf ähnlichem Standpunkte steht auch Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund, 1873, S. 32, wo er sagt: „Der Begriff Vertrag muß beschränkt werden auf das gegenseitig verpflichtende Kausalgeschäft.“

und die des Sachenrechts auf die gleiche Stufe zu stellen. Der Unterschied zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft bleibt aber gewahrt. Diese Unterscheidung wird häufig[1]) nicht genügend gewürdigt. Es wird von Verpflichtung und Anspruch auch da gesprochen, wo ein reines Verfügungsgeschäft vorliegt, das solche Rechtsfolgen gar nicht auslösen kann. Es kann immer nur aus einem rechtzusagenden, einem Verpflichtungsgeschäft, niemals dagegen aus einem auf unmittelbare, also gegenwärtige Rechtsänderung gerichteten Rechtsgeschäft, einem Verfügungsgeschäft, ein Anspruch auf Leistung erwachsen. Eine Klage auf Leistung kann stets nur aus einem Verpflichtungsgeschäft begründet werden; das Verfügungsgeschäft ist selbst Leistung und wird auch treffend als „Leistungsgeschäft" bezeichnet. Es befriedigt den Anspruch aus dem seine causa bildenden Verpflichtungsgeschäft[2]) und vernichtet ihn mithin. Eine Klage auf Grund eines Verfügungsgeschäfts kann niemals auf Leistung gehen. Es kann höchstens aus dem perfekten Verfügungsgeschäft auf Feststellung des mit der Verfügung bezweckten Rechtsverhältnisses geklagt werden, was jedoch in der Literatur bestritten ist. Wir kommen hierauf noch später zurück.

Für nicht glücklich halte ich den Gedanken Jacobis, seine Gruppe 3 und 4 unter den Terminus technicus „Erfüllungsakte" zusammenzufassen, ganz abgesehen von der eigenartig engen Abgrenzung. Denn der Ausdruck „Erfüllungsakte" weckt die irrige Vorstellung, als ob die Begriffe Erfüllungs- und Verfügungsgeschäft sich deckten, welche Ansicht ernstlich von Wilutzky

---

[1]) cf. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, 9. Aufl. S. 109 ff.; Fuchs, Grundbuchrecht Bd. I, Berlin 1902, S. 64 Bem. 28c z. § 873; Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht Bd. I, 3. Aufl. 1904, S. 257 bis 260; Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Rechte an Grundstücken, Berlin 1898, S. 35/36; Foerster, Zwei Fragen aus dem Vertragsrecht, im „Recht" V. Jahrg. Nr. 23 S. 579 ff., besonders 581.

[2]) Es sei nochmals hervorgehoben, daß man unter Rechtsgrund (causa) den Verkehrszweck einer Zuwendung versteht, daß also nur das Verfügungsgeschäft einen Rechtsgrund hat, und daß das Verpflichtungsgeschäft selbst den Rechtsgrund für das Verfügungsgeschäft abgibt. Das Verpflichtungsgeschäft hat nur Beweggrund (Motiv), keinen Rechtsgrund (causa). Weil es aber die causa für die Verfügung darstellt, nennt man es auch Kausalgeschäft, d. h. das Verpflichtungsgeschäft ist durch seinen Inhalt rechtlich verständlich (durch seinen Inhalt rechtlich motiviert), und ausschließlich durch diesen seinen Inhalt bestimmt sich seine rechtliche Wirkung, so daß eine von seinem Inhalt zu unterscheidende causa nicht vorhanden ist. Nur die eigentlichen Verfügungsgeschäfte sind grundsätzlich abstrakt, d. h. aus ihrem Inhalt rechtlich unverständlich (Ausnahme: Verpfändung und Bestellung einer Hypothek sind kausale Verfügungsgeschäfte). Außer den echten Verfügungsgeschäften fallen unter die Rechtssätze von der causa nur noch die abstrakten, einseitigen Verpflichtungsgeschäfte; auch diese sollen reine Zuwendungsgeschäfte (Leistungsgeschäfte) sein und darum selbständig verpflichten (§ 780 BGB.). cf. Sohm, Gegenstand, S. 9 Anm. 5.

(Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 28 S. 53 ff.) vertreten wird. Mit Recht weist Sohm nach, daß das Verfügungsgeschäft etwas vom Erklärungsgeschäft Grundverschiedenes ist. Es verlohnt sich, hierbei kurz zu verweilen, da die Erkenntnis der Bedeutung beider Begriffe ungemein das Verständnis der Struktur von sonst schwer zu deutenden Rechtsinstituten fördert. Sohm sagt[1]: „Schon die gemeinrechtliche Literatur hat uns die Erkenntnis gebracht, daß Leistungsgeschäfte (Verfügungsgeschäfte) keineswegs nur der Erfüllung halber (solvendi causa), sondern gerade so gut der Schenkung (donandi causa), Darlehns halber (credendi causa), Zwecks halber (ob causam) erfolgen können. Verfügungsgeschäfte (dingliche Rechtsgeschäfte, Leistungsgeschäfte) einerseits und Erklärungsgeschäfte andererseits sind voneinander verschiedene Dinge. Verfügungsgeschäfte sind vielmehr, wie auf dem Boden des BGB. noch zweifelloser ist, als früher, abstrakte[2] Zuwendungs-

[1]) cf. Sohm, Arch. f. bürg. Recht Bd. 28 S. 192 Anm. 62.

[2]) Das Verfügungsgeschäft ist abstrakt, d. h. es ist wirksam ohne Rücksicht darauf, ob der mit der Vornahme des Geschäfts erstrebte Zweck erreicht wird oder nicht. Diese Rechtsgestaltung ist nicht ohne heftigen Widerspruch vor ihrer Aufnahme in das BGB. geblieben. So hat u. a. Strohal in einer längeren Abhandlung „Rechtsübertragung und Kausalgeschäft“ (Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 324 ff.) auf die mit der Abstrahierung des Verfügungsgeschäfts von der causa verbundenen Härten an drei aus dem Leben genommenen Beispielen aufmerksam gemacht und darauf hingewiesen, daß, wenn das Kausalmoment nicht in den Tatbestand bei der Rechtsübertragung aufgenommen werden könne, dies zu ganz unbefriedigenden Resultaten führen könne. Die Beispiele sind nur de lege ferenda verständlich. Strohals zweites Beispiel lautet: „A. schlägt dem B. vor, die in des letzteren Verwahrung befindliche Uhr gegen Zahlung von 30 Mk. zu behalten. B. erwidert, mit dem Behalten der Uhr vollkommen einverstanden zu sein, dieselbe jedoch mit Rücksicht auf eine frühere Aeußerung des A. als geschenkt betrachten zu wollen.“ Strohal befremdet es, daß B. an der Uhr Eigentum erhalten soll. Nach meinem Dafürhalten liegt aber bei diesem Tatbestand überhaupt keine Einigung über den Eigentumsübergang der Uhr vor. Denn A. macht die Offerte zur Eigentumsübertragung von einer Bedingung abhängig, auf die B. nicht eingeht. Strohal schlägt zur Behebung dieser Unbilligkeit vor, dem A. ein in rem gehendes Anfechtungsrecht zu geben, welchem Vorschlag aber nicht stattgegeben worden ist. Der Grund der Ablehnung dieses Vorschlags ist in der Erwägung zu finden, die auch Strohal in seiner Abhandlung Seite 389 selbst anführt. Man hat dies aus schwerwiegenden rechtspolitischen Erwägungen, die die Rechtsordnung veranlaßt haben, Unbilligkeiten in Kauf zu nehmen, um größere zu vermeiden, getan, nämlich um im Interesse des Verkehrs eine Erleichterung des Beweises herbeizuführen. cf. hierzu Ihering, Geist des röm. Rechts III, analytische Vereinfachung des Tatbestandes. S. 201 ff. Merkwürdigerweise steht Bruck auf dem Standpunkt, daß die Einigung das Willensmoment im Verfügungsgeschäft nicht abstrakt konstruiert werden müsse, daß nur die Auflassung stets abstrakt sein müsse und daß im übrigen die Einigung bei der dinglichen Rechtsänderung auch kausal abgeschlossen werden könne (cf. S. 24 ff.). Namentlich behauptet er, daß die Einigung kausal werde, wenn die Parteien ihr die causa als Bedingung hinzufügten. M. E. ist es richtig, was Ortlieb auf S. 48 ff. gegen Bruck ausführt.

geschäfte, deren Inhalt über ihren Rechtsgrund keinen Aufschluß gibt, zu deren Dasein also die Einigung über den Rechtsgrund der Zuwendung (die causa) nicht gehört, die gerade deshalb auf Grund verschiedener causae (Erfüllung, Schenkung usw.) vollzogen werden können." Die rechtsgeschäftliche Vermögenszuwendung als solche ist kraft ihres Inhalts nie Erfüllung. Damit sie geschuldete Leistung sei, bedarf es noch eines Vertrages. Die Leistung als solche hat verschiedenen Inhalt, je nach dem Verkehrszwecke, den sie verfolgt. Sie ist ein Proteus. Sie hat nicht immer den gleichen Inhalt. Damit diese Vermögenszuwendung die geschuldete Leistung sei, muß sie solvendi causa vorgenommen und solvendi causa angenommen werden. Sie wird zur geschuldeten Leistung erst durch den Erfüllungsvertrag, der selbst wieder ein Verfügungsgeschäft, also ein unmittelbar rechtsänderndes Rechtsgeschäft, ist. Der Annehmende verfügt nämlich über das ihm zustehende Forderungsrecht, über sein Gläubigerrecht. Er ist hier der Verfügende. Der Erfüllungsvertrag bedeutet dem Tatbestande nach Einigung über den Rechtsgrund der Vermögenszuwendung.

III. Einen Fehler anderer Art, der jedoch m. E. ebenfalls auf das Unvermögen, die Begriffe Verpflichtungsgeschäft, Erfüllungsgeschäft und Verfügungsgeschäft scharf auseinander zu halten, zurückzuführen ist, begeht Ortlieb in seiner Studie zum Sachenrecht „Einigung und dinglicher Vertrag", indem er das auf unmittelbare dingliche Rechtsänderung gerichtete Verfügungsgeschäft unter den „althergebrachten" Begriff des „Realvertrags" zu bringen sucht. Ortlieb[1]) versteht aber unter Realvertrag nicht etwa den des römischen Rechts, sondern er faßt unter Realgeschäfte alle „nicht rein voluntaren Geschäfte" zusammen, d. h. alle Geschäfte, die nicht rein aus einem Konsens bestehen, sondern zu ihrem Bestande oder für den Eintritt der Rechtsfolgen noch eine „reale Wirkung" oder ein „reales Moment" erfordern. Als Beispiele nennt er Zahlung, Darlehn, Schenkung, Novation (nicht dagegen die Leihe)[2]). Auf den Fehler Ortliebs hat schon Stöver aufmerksam gemacht. Er hat nachgewiesen, daß das, was Ortlieb unter Realgeschäft versteht, sich nicht, wie Ortlieb glaubt, mit dem von Enneccerus in dessen „Rechtsgeschäft, Bedingung, Anfangstermin" (S. 499) aufgestellten Begriff des Realgeschäfts deckt, dessen charakteristischen Merkmale Stöver treffend skizziert. Die Ansicht von Enneccerus hier zu wiederholen, halte ich, zumal wir sie verwerfen müssen, für zwecklos, und begnüge mich daher mit dem Hinweis auf die Besprechung dieser Ansicht bei Stöver (Arch. f. bürg. Recht, Bd. 26 S. 178, 179 Anm. 93 und S. 187 Anm. 113). Die von Ortlieb versuchte, wenn auch mißglückte

[1]) cf. Ortlieb a. a. O. S. 2, 3 ff., 35, 36, ferner § 8 S. 36 ff.
[2]) cf. Ortlieb a. a. O. S. 3 Anm. 3.

Gleichsetzung der Begriffe Realgeschäft und Verfügungsgeschäft zwingt uns, uns auch mit dem Begriff Realgeschäft abzufinden. Der Name Realgeschäfte verdankt seine Entstehung dem römischen Realkontrakt. Hierunter wurden diejenigen Kontrakte verstanden, die auf Grund einer Vermögenshingabe (res) klagbar waren, und zwar unterschied man benannte (Nominatrealkontrakte) und unbenannte (Innominatrealkontrakte). Die ersteren waren Verträge auf Rückgabe, die letzteren Verträge auf Gegengabe (auf andersartige Gegenleistung). Die Zahl der ersteren war geschlossen. Es gehörten hierzu das mutuum (Darlehn), das commodatum (Leihvertrag), das depositum (Hinterlegungsvertrag) und das pignus (Faustpfandkontrakt). Die Zahl der Innominatrealkontrakte dagegen war nicht geschlossen. Ueberall, wo Leistung gegen Gegenleistung vereinbart war, war die Gegenleistung in dem Augenblick einklagbar, wo der andere Teil seine Leistung bereits gemacht hatte. Als Innominatrealkontrakt wurde z. B. der Tausch angesehen. Sehr scharf hebt Sohm in seinen Institutionen den Unterschied der inneren Natur der beiden Realkontraktsarten hervor. Er sagt[1]: „Die benannten Realkontrakte beruhen auf der Hingabe mit Vorbehalt der Rückgabe. Die Beschränkung der Hingabe nur zu Darlehn, Leihe usw. verpflichtet zur Rückgabe. Es wird wirklich re kontrahiert: in der Art der Hingabe zu Darlehen usw. ruht der Verpflichtungsgrund. Die Verpflichtung zur Rückgabe ist keine Verpflichtung zur Gegengabe, sondern nur Innehaltung der Schranken der Hingabe. Ganz anders bei den unbenannten Realkontrakten. Diese bedeuten Hingabe zum Zweck der Gegengabe (Tauschvertrag). Nicht in der Hingabe (res) als solcher (denn diese ist endgültig, ohne Vorbehalt gemacht: das Gegebene soll vertragsmäßig nicht zurückgegeben werden), sondern in dem empfangenen Versprechen der Gegenleistung liegt der sachliche Verpflichtungsgrund. Die res (Hingabe) als solche gibt hier weder über den Grund noch über den Inhalt der empfängerischen Verpflichtung Aufschluß. Die unbenannten Realkontrakte sind Verträge über wechselseitigen Austausch von Leistungen und deshalb ihrer Natur nach als Konsensualkontrakte veranlagt (das gegenseitige Versprechen bestimmt allein den Inhalt des Vertrags). Lediglich die Enge des positiven römischen Zivilrechts, welches den Konsens nur ausnahmsweise als klagbar anerkennt, hat diese Tauschverträge genötigt, die Form des Realkontrakts anzunehmen (erst auf Grund der Vorleistung, res, kann die Gegenleistung eingeklagt werden). Die benannten Realkontrakte dagegen stellen kraft ihres Wesens als Anvertrauungsverträge (Verträge auf Rückgabe) die echten, geborenen, unsterblichen Realkontrakte dar (die res ergibt den Grund und Inhalt der Verpflichtung). Sie

[1]) cf. Sohm, Institutionen des römischen Rechts, Leipzig, 6. Aufl. S. 285/286 Anm. 8.

sind darum noch heute Realkontrakte (Rückgabe kann nur auf Grund der Hingabe gefordert werden), während die unbenannten Realkontrakte (Verträge auf Gegengabe) im heutigen Recht, welches den Konsens grundsätzlich für klagbar anerkennt, kraft ihres Wesens zu Konsensualkontrakten geworden sind." Realkontrakte im römisch-rechtlichen Sinne haben wir heute nicht mehr. Es wird nicht mehr re kontrahiert. Die res, die Leistung von der einen Seite, ist nicht mehr nötig um der Form des Kontrakts willen. Die Verpflichtungsgeschäfte sind heute alle Konsensualkontrakte. Heute ist der Konsens auch ohne Vorleistung klagbar. Selbst die von Sohm als die unsterblichen Realkontrakte bezeichneten Nominatrealkontrakte bedürfen heute der res nicht um der Form des Kontrakts willen, sondern um des Inhalts des Kontrakts willen. Das Charakteristikum der heutigen Realkontrakte — als solche gelten noch die alten Nominatrealkontrakte — ist, daß bei ihnen Vorbedingung des Vertrags eine Hingabe einer res ist. Denn erst dann hat das Verpflichtungsgeschäft einen Inhalt und ist die Möglichkeit für die Entstehung von Verpflichtungsfolgen gegeben. Ohne res entbehrt das Verpflichtungsgeschäft seines Inhalts. Denn es geht ja lediglich auf Rückleistung. Es muß deshalb notwendig vorgeleistet sein, ehe die Verpflichtung ausgeführt werden kann. Dabei ist zu beachten: Die Rückgabe ist lediglich Inhalt der Verpflichtung, nicht auch die hierzu nötige vorausgehende Hingabe. Diese ist nur Voraussetzung für den Inhalt des Vertrags. An einem Beispiel wird dies noch verständlicher hervortreten. Die Leihe, die ein Realgeschäft im modernen Sinne ist, bedeutet Uebergabe einer Sache zum unentgeltlichen, vertragsmäßigen Gebrauch. Sie hat als solche die Hingabe der zu leihenden Sache natürlich zur Voraussetzung. Der Leiher schuldet deshalb aber nicht die Hingabe, er schuldet nur das Gestatten des Gebrauchs. Anders verhält es sich dagegen bei den früheren Innominatrealkontrakten, die heute sämtlich, wie schon von Sohm hervorgehoben worden ist, reine Konsensualkontrakte sind, z. B. beim Tausch. Hier schuldet jeder Vertragsteil die vorbehaltslose Hingabe der res. Das beiderseitige Versprechen bestimmt schon allein den Inhalt des Vertrags. Bei beiden Verträgen, Leihe wie Tausch, ist immer allein der Konsens das die Verpflichtung erzeugende Element. Die res ist bei ersterem zum Vertragsschluß nicht wesentlich; sie ist nur insofern erforderlich, als der Leihvertrag sonst — ohne Hingabe der Sache — noch des Inhalts entbehren würde. Zum Tatbestand des Verpflichtungsvertrags gehört die res deswegen nicht. Sie ist nur die Voraussetzung des Vertragsschlusses. Ganz anders liegen die Verhältnisse beim Verfügungsgeschäft. Das echte Verfügungsgeschäft — denn mit solchen haben wir es hier nur zu tun — ist ein durch gegenwärtige gegenständliche Rechtsänderung den Geschäftsgegner einseitig bereicherndes Rechtsgeschäft. Bei ihm

ist die zur tatsächlichen Ausführung der Aenderung der Rechtslage des Gegenstands nötige Handlung, die auch in einer Hingabe einer res bestehen kann, nicht die Voraussetzung des Verfügungsgeschäfts, sondern Bestandteil des Verfügungsgeschäfts. Sie gehört mit zum Tatbestand des Verfügungsgeschäfts. Ohne sie ist ein Verfügungsgeschäft noch gar nicht entstanden. Ein Realkontrakt ohne Hingabe der res ist bereits ein wirkungsfähiges Verpflichtungsgeschäft. Nur ist der Eintritt der Wirksamkeit desselben noch von der Hingabe der Sache abhängig, weil sonst das Verpflichtungsgeschäft eine Schale ohne Kern sein würde. Das einer Hingabe einer res noch bedürftige „Verfügungsgeschäft" ist überhaupt kein Verfügungsgeschäft, weder ein wirkungsfähiges, noch ein wirkungsunfähiges, und die mit „Verfügungsgeschäft" bezeichnete bloß erklärte Willensübereinstimmung über die gegenständliche Rechtsänderung trägt den Namen „Verfügungsgeschäft" zu Unrecht. Sie ist lediglich Bestandteil eines Verfügungsgeschäfts. Sie bedarf noch der Ergänzung durch die Uebergabe, um wirksam zu sein. Die Willensübereinstimmung über die Rechtsänderung ist nur potentiell wirkungsfähig und deshalb noch nicht Rechtsgeschäft. Der Konsens eines Realgeschäfts ist dagegen schon selbst Rechtsgeschäft.

Eine weitere Unrichtigkeit tritt bei Ortlieb noch außerdem bei der rechtlichen Beurteilung seiner ihm als Realgeschäfte erscheinenden Rechtsinstitute hervor; Ortlieb vermag nicht scharf die verschiedenen Rechtsgeschäftsarten auseinanderzuhalten[1]). Sonst könnte ihm die rechtliche Natur eines Darlehnsvertrages nicht verborgen bleiben. Der Darlehnsvertrag ist ein Realgeschäft auch unserer Ansicht nach. Er hat aber eine Eigenheit, die er nur mit wenig Realgeschäften teilt, nämlich die, daß er ein Verfügungsgeschäft zur Voraussetzung hat. Der Darleihende überträgt das darzuleihende Geld dem Darlehnsuchenden zu Eigentum. Man wird daher beim Darlehnsvertrag zwei Verträge zu unterscheiden haben, ein Verfügungs- und ein Verpflichtungsgeschäft, nämlich erstens die Eigentumsübertragung des Geldes an den Darlehnsuchenden zum Zwecke des Darlehns, und den lediglich verpflichtenden Darlehnsvertrag. Diese Scheidung macht Ortlieb nicht. Er glaubt vielmehr, es bei dem Darlehnsvertrag mit einem, statt mit einem doppelten Vertrag zu tun zu haben. Dasselbe passiert ihm bei der Schenkung. Die Schenkung ist kein Realvertrag und auch nicht schlechtweg Verfügungsgeschäft, dann eher noch Verpflichtungsgeschäft. Sie ist nicht einheitlich zu

[1]) Unter dem gleichen Fehler leiden auch die Ausführungen Küchendahls (cf. Aufsatz „Zum § 873 BGB." im „Recht" 6. Jahrg. Nr. 8 S. 200 ff.), welcher den § 139 auf das aus Kausalgeschäft und Verfügungsgeschäft sich zusammensetzende Rechtsinstitut angewandt wissen will. Küchendahl behauptet allen Ernstes: „Auch die dingliche Einigung hat Vertragsnatur und daher obligatorische Wirkung."

beurteilen. Aus einem Vertrag kann sie nur da bestehen, wo die Vermögenszuwendung keinen Vertrag erfordert. Sonst ist sie ein doppelter Vertrag. Diese Sonderheit tritt deutlich hervor, wenn man sich vorstellt, daß zwar die Vermögenszuwendung durch bloßes abstraktes Verfügungsgeschäft eintritt, nicht dagegen die Schenkungsannahme. Der Beschenkte will zwar die ihm schenkungshalber übergebene Sache zu Eigentum behalten. Er hat sie jedoch nicht als geschenkt, sondern als gekauft angenommen. Wie die Zahlung rechtlich zu beurteilen ist, ist schon bei Besprechung der Natur des Erfüllungsgeschäftes hervorgehoben worden. Ich kann mich hier beschränken, darauf hinzuweisen. Es wird dann auch verständlich sein, weshalb wir nicht die Novation (§ 364 2) als Realgeschäft behandelt wissen wollen.

IV. Für den Vertrag gilt natürlich alles das auch, was für das Rechtsgeschäft gilt. Er hat dieselben Merkmale wie jenes, wenigstens soweit das Erklärungsgeschäft zum Vergleich herangezogen wird, und unterscheidet sich von dem Rechtsgeschäft ohne Vertragscharakter nur insoweit, als sich durch das für den Vertrag notwendige Vorhandensein zweier Erfolgswillen und zweier (im Falle des § 151 ev. einer) empfangsbedürftigen Willenserklärungen, des sogenannten mutuus consensus, eine Verschiedenheit ergibt. Die Willenseinigung ist wesentlicher Bestandteil im Vertragstatbestand, Element des Tatbestandes. Man darf sie, wie auch hier im Gegensatz zu der herrschenden Lehre, insbesondere zu Stöver[1]), nochmals betont werden soll, jedoch da noch nicht dem Begriffe Vertrag unterstellen, wo sie erst zusammen mit einem hinsichtlich der Kraft der Wirkungsfähigkeit gleichwertigen Tatbestandsmerkmal den beabsichtigten Rechtserfolg, die gegenständliche Rechtsänderung, verursacht, also allein nur Teilursache der Rechtswirkung, nur potentiell wirkungsfähig ist und hinsichtlich ihrer Wirksamkeit etwa auf der gleichen Stufe mit der Vertragsofferte steht, die selbständig auch nicht unter den Begriff Rechtsgeschäft fällt, obwohl sie als solche bereits eine Rechtswirkung — nämlich die Gebundenheit — auslöst.

V. Das Verhältnis des Rechtsgeschäfts zum Vertrag ist das des Oberbegriffs zum Unterbegriff. Der Oberbegriff Rechtsgeschäft zerfällt in drei Rechtsgeschäftsarten:

a) in Willensgeschäfte,
b) in Erklärungsgeschäfte,
c) in Rechtsgeschäfte mit vollziehungsbedürftigem Konsens.

Diese verteilen sich wieder auf die beiden den Unterbegriff des privatrechtlichen Rechtsgeschäfts bildenden Gattungen: auf das einseitige und das zweiseitige Rechtsgeschäft. Unter letzteren verstehen wir den Vertrag. Die einseitigen Rechtsgeschäfte interessieren uns nicht weiter. Ihnen gehören an: sämtliche

[1]) cf. Stöver a. a. O. S. 163.

Willensgeschäfte, ein Teil der Erklärungsgeschäfte und ein Rechtsgeschäft mit vollziehungsbedürftigem Konsens[1]). Zu den Verträgen zählen die übrigen Erklärungsgeschäfte und Geschäfte mit vollziehungsbedürftigem Konsens. Diese letzteren sind Verfügungsgeschäfte, also auf unmittelbare gegenwärtige Rechtsänderung gerichtete Rechtsgeschäfte, die vollziehungsbedürftig sind. Es sind nämlich nicht alle Verfügungsgeschäfte vollziehungsbedürftig in dem Sinne, den diese Bezeichnung haben soll. Ein Teil von ihnen geht äußerlich in den Erklärungsgeschäften auf, weil hier die Kundgebung des Rechtsänderungswillens gleichzeitig (im Gegensatz zu nach und nach) schon die Vollziehung bewirkt. Nur überall da, wo der Gegenstand nicht dem Worte schon gehorcht, ist das Verfügungsgeschäft vollziehungsbedürftig in unserem Sinne, denn hier bedarf es stets noch neben dem Konsens einer den Rechtserfolg mitvermittelnden, die Vollziehung

[1]) Unter Konsens ist hier die einseitige Willenserklärung zu verstehen (cf. Anm. 5 auf Seite 5 bei Wunderlich, Eintragungsbewilligung). Dieses einseitige Rechtsgeschäft ist die Aufhebung eines begrenzten dinglichen Rechts (875, 1064, 1255). Interessant ist der von Sohm erbrachte Nachweis, daß das genannte Rechtsgeschäft ein Verfügungsgeschäft ist, dagegen nicht die Preisgabe des Eigentums, die Sohm, wie auch wir, überhaupt aus der Gruppe der Rechtsgeschäfte ausschaltet. Sohm sagt auf S. 193 in Anm. 18 seines Aufsatzes „Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung", Arch. f. bürg. Recht Bd. 28: „Die Preisgabe des Eigentums (Dereliktion) ist nach der richtigen Ansicht überhaupt kein Rechtsgeschäft. Auf alle Fälle ist sie anders, als die Aufgabe eines begrenzten dinglichen Rechts, kein Verfügungsgeschäft. Es fehlt der Dereliktion an einem Geschäftsgegner, dem sie kraft ihres Inhalts zugute käme: sie bedeutet keine Zuwendung. (Sie ist Entäußerung, nicht Veräußerung.) Entscheidend ist: Die Rechtssätze von Verfügungsgeschäften finden auf die Dereliktion keine Anwendung. Es gelten weder die Vorschriften von der Verfügung eines Berechtigten (es tritt kein Rechtserwerb eines anderen durch Rechtsnachfolge ein), noch die von der Verfügung eines Nichtberechtigten: Dereliktion eines Nichteigentümers ist vielmehr überall keine Dereliktion (der Tatbestand einer Dereliktion, vgl. 959, kommt gar nicht zustande). Der sachliche Unterschied zwischen Preisgabe des Eigentums und Aufgabe eines begrenzten dinglichen Rechts beruht darin, daß die Dereliktion begrifflich nur Entäußerung, nicht Uebertragung (Veräußerung) auf einen anderen bedeutet, während die Aufgabe eines begrenzten dinglichen Rechts mit gleicher begrifflicher Notwendigkeit Zuwendung an einen anderen (nach Art der Veräußerung), nämlich an den Eigentümer darstellt. Die Dereliktion hat keinen gegnerisch Beteiligten; die Aufgabe des begrenzten Rechts hat notwendig den Eigentümer zum Geschäftsgegner, und zwar so, daß sie ihm einseitig zugute kommt. Die Dereliktion begründet keine Rechtsnachfolge, während die Aufgabe des begrenzten Rechts notwendig den Eigentümer zum Rechtsnachfolger des Aufgebenden macht, d. h. die Dereliktion ist kein Verfügungsgeschäft, wohl aber die Aufgabe eines begrenzten dinglichen Rechts." cf. weiter hierzu Sohm, Gegenstand, S. 36 und Anm. 16 auf derselben Seite, ferner § 8 S. 43 ff. A. M. cf. Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901, Diedrichsche Verlagsbuchhandlung Nachf. Georg Böhme, § 40 S. 271 ff.

des Verfügungswillens ermöglichenden Handlung. Wie wir noch erkennen werden, wird dies dort regelmäßig der Fall sein, wo es sich um eine dingliche Rechtsänderung handelt. Es wird deshalb auch verständlich, weshalb die als „Geschäfte mit vollziehungsbedürftigem Konsens" bezeichneten Geschäfte nicht schlechthin Verfügungsgeschäfte genannt worden sind.

Die von uns als richtig befundene Dreiteilung der Rechtsgeschäfte läßt einen Mangel erkennen, an dem u. E. fast alle heute anerkannten Definitionen des Rechtsgeschäftsbegriffes leiden. Es wird allgemein dem Willensmoment im Rechtsgeschäftstatbestand zu große Beachtung geschenkt. Gewiß ist dieses derjenige Bestandteil, der bei jedem Rechtsgeschäft vorhanden sein muß, als ihm wesentlich und unentbehrlich, und die Zahl der Rechtsgeschäfte, die nur aus dem Willensmoment bestehen, ist groß, weshalb sich für diese sogar eine bestimmte Bezeichnung als rein voluntare Rechtsgeschäfte eingebürgert hat. Daß es aber unter den für das Verkehrsleben so wichtigen Verfügungsgeschäften eine wichtige Gruppe von Geschäften gibt, bei denen das Willensmoment allein nicht den Tatbestand eines Rechtsgeschäfts erfüllt, sondern notwendig noch eines weiteren Tatbestandsmerkmals bedarf, wird dabei übersehen.

Nur, weil sich auch Bruck in dem Banne dieser allgemein herrschenden Ansicht befunden hat, ist es m. E. verständlich, daß er in seiner vortrefflichen Arbeit über die Einigung die von ihm selbst als naheliegend anerkannte Frage, ob nicht Einigung und Uebergabe zusammengenommen einen sachenrechtlichen Vertrag bilden, im Gegensatz zu seinem energischsten Verteidiger Eccius mit einem entschiedenen Nein[1]) beantwortet und als Grund hierfür angibt[2]): „Die Einigung ist kein an sich fertiges Rechtsgeschäft, sondern sie bedarf stets noch eines aliud, um zu einem rechtlichen Erfolg zu gelangen. Man hat allerdings ausgeführt (Protokolle Bd. III S. 58), es sei nichts Ungewöhnliches, wenn zu einem an sich fertigen Vertrage noch der Eintritt einer weiteren Rechtsbedingung hinzukommen müsse, damit der Vertrag seine Wirkung vollständig erhalte. Demgegenüber ist zu betonen, daß der Vertrag ein in sich abgeschlossenes Rechtsgeschäft ist. Hat er keine selbständigen Wirkungen, sondern erst ein Rechtsakt, in den er sich als bloßer Bestandteil einfügt, so liegt ein Vertrag nicht vor." Bruck kann sich, wie m. E. aus seinen eigenen Worten klar hervortritt, nicht von der Vorstellung losmachen, als verdiene nur den Namen Rechtsgeschäft bez. Vertrag der schon allein wirkungsfähige Konsens. Daran, daß sich der Konsens mit einem anderen Element in die Wirkungsfähigkeit teilen und erst mit diesem zusammen den Rechtserfolg

[1]) cf. Bruck a. a. O. S. 19.
[2]) cf. Bruck a. a. O. S. 15 ff.

herbeiführen könne, denkt er gar nicht, und hält deshalb die durch den Konsens und das ihm gleichwertige aliud ausgelöste Verfügungswirkung für keine rechtsgeschäftliche Verfügung, sondern für eine Verfügung besonderer Art[1]).

Im Gegensatz zu Bruck erklärt aus Gründen ähnlicher Art, wie wir, Steyert[2]) den Vertragsbegriff für revisionsbedürftig und schlägt dafür folgende Definition vor: „Vertrag ist derjenige Tatbestand mit einer Willenseinigung als wesentlichem Inhalt, der geeignet ist, einen rechtlichen Erfolg herbeizuführen." Mir ist es zweifelhaft, ob es ratsam ist, einer Gruppe von Rechtsgeschäften zuliebe die für viele Rechtsgeschäfte zutreffende und eingebürgerte Definition der Motive aufzugeben und gegen die vorgeschlagene einzutauschen, zumal auch letztere Unklarheit darüber läßt, ob in den Fällen, in welchen es zum Eintritt der Rechtsfolge außer dem Konsens noch anderer Tatumstände bedarf, der gesamte Tatbestand erfüllt sein muß oder nicht, ehe von einem Rechtsgeschäft gesprochen werden kann.

[1]) Eccius hat diese Bedenken nicht. Er sagt auf S. 53 seiner Abhandlung in Gruchots Beiträgen Bd. 47 S. 53: „Der aus Einigung und Uebergabe oder Eintragung gebildete Hergang wird im § 1396 vom Gesetz als Vertrag bezeichnet. Auch die wissenschaftliche Erörterung braucht für diesen als Verfügung wirkenden Hergang die Bezeichnung Vertrag nicht zu vermeiden."

[2]) cf. Steyert, Dinglicher Vertrag, a. a. O. S. 13.

III. Begriff der Einigung im Sachenrecht.

§ 5.

1. Sprachgebrauch und Fälle der Einigung.

I. Nachdem wir uns über den Rechtsgeschäfts- und den Vertragsbegriff Klarheit verschafft haben, wollen wir uns nunmehr der Einigung selbst zuwenden. Wir haben von ihr bisher nicht vielmehr als den Namen genannt und müssen uns daher zunächst darüber verbreiten, was wir unter Einigung zu verstehen haben.

II. Sprachlich sagt uns das Wort Einigung nicht viel. Es weist nur darauf hin, daß die Einigung eine zwischen zwei Parteien kundgegebene Willenseinigung, ein Konsens, ist. Die Vorgeschichte des Begriffes Einigung bestätigt dies; denn die Einigung ist früher mit dem Begriffe Vertrag identifiziert worden. Die Geburtsstunde schlug dem Begriffe Einigung in dem Zeitpunkte, als die Kommission der zweiten Lesung des Gesetzentwurfes zum BGB. sich entschloß, den Ausdruck dinglicher Vertrag in den den jetzigen §§ 873 und 929 entsprechenden Bestimmungen der §§ 828 und 874 des ersten Entwurfes aufzugeben und dafür farblosere Ausdrücke zu wählen. In § 873 BGB. wurde damals der Ausdruck „Einigung" statt des Wortes „Vertrag" eingesetzt, während man in § 929 BGB. eine andere Ausdrucksweise gewählt hat. Allzuviel darf man aus dieser Veränderung nicht schließen, insbesondere nicht, daß der Gesetzgeber damit habe einen neuen Typus einer Rechtsfigur schaffen wollen. Denn die Vorgeschichte lehrt, daß der Gesetzgeber die Vertauschung der Worte nur, weil mancherlei Bedenken gegen die Ausdrucksweise „Vertrag" geltend gemacht wurden, vorgenommen hat, ohne an der Sache selbst etwas ändern zu wollen. Für etwaige Schlußfolgerungen über die Natur der Einigung ist daher die Vorgeschichte unfruchtbar[1]). Vielmehr lehrt sie

[1]) Es kann aus obigen Gründen hier auf eine Wiedergabe der Entstehungsgeschichte des Begriffs Einigung verzichtet werden, und es wird genügen, wenn ich auf die ausführliche Darstellung von Salomon „Die Genehmigung usw., a. a. O. S. 27—34" verweise und mich hier

gerade, daß das BGB. eine Einigung im technischen Sinne noch nicht kennt, woraus sich auch erklärt, daß das Gesetz eines einheitlichen Sprachgebrauchs für die Einigung im technischen Sinne ermangelt. Wir werden deshalb nicht immer da, wo eine Einigung im technischen Sinne vorliegt, den Ausdruck Einigung im BGB. finden[1]), und andererseits darf es uns auch nicht befremden, wenn wir nicht überall, wo im Gesetz das Wort Einigung gebraucht ist, eine Einigung im technischen Sinne vorfinden[2]).

III. In welchen Fällen haben wir es nun mit einer Einigung im technischen Sinne zu tun?

Sicher doch in den Fällen, wo der den Ausgangspunkt der ganzen Streitfrage bildende § 873 BGB. Anwendung findet. Insoweit gibt uns die Vorgeschichte allerdings Anhalt, um dem Begriff Einigung auf die Spur zu kommen. § 873 BGB. erfordert Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über die

darauf beschränke, das Ergebnis seiner geschichtlichen Untersuchung anzuführen. Er faßt dasselbe in folgende drei Sätze zusammen:

1. Der Gesetzgeber hat den Ausdruck „dinglicher Vertrag" vermieden, um nicht dem Sprachgebrauch und den Anschauungen des Volkes entgegenzutreten und nicht die Folgerung nahezulegen, daß der heute mit „Einigung" bezeichnete Rechtsvorgang ein Vertrag sei.
2. Er hat das Wort „Einigung" gewählt, nicht um damit anzudeuten, daß die „Einigung" kein Vertrag sei.
3. Er hat überhaupt die ganze Frage nach der rechtlichen Natur der Einigung weder direkt noch indirekt beantworten, vielmehr die Entscheidung hierüber der Wissenschaft überlassen wollen.

Von den gegen die Ausdrucksweise „Vertrag" im § 873 BGB. geltend gemachten Bedenken interessiert uns die Ansicht derer — es war eine ganz verschwindende Anzahl —, die geltend machten: „Die Ansicht, welche den dinglichen Vertrag als durchaus selbständigen Rechtsakt hinstelle, entspreche nicht der Wirklichkeit. Man könne den ganzen Vorgang bei der Eigentumsübertragung nur so auffassen, daß das Rechtsgeschäft nicht nur die Erklärung des Willens der Parteien, sondern auch die Eintragung umfasse. Es sei nicht richtig, wenn ein Bestandteil des Rechtsgeschäfts als Vertrag bezeichnet werde." cf. auch die ausführliche Entstehungsgeschichte des Ausdrucks „Einigung" bei Wolff (Begründet das über ein Immobiliarrecht formlos geschlossene Kaufgeschäft einen klagbaren Anspruch auf Rechtsänderung? Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 27 ff.), der die zuvor zitierte Ansicht der Minorität entnommen ist.

[1]) Das BGB. spricht von Einigen und Einigsein z. B. in § 929 BGB. Hier haben wir es, wie sich im folgenden noch zeigen wird, mit einer Einigung im technischen Sinne zu tun.

[2]) Die Einigung in § 854 Abs. 2 BGB. hat mit der Einigung im technischen Sinne nur den Namen gemein. Sie ist von ihr grundverschieden und muß von ihr scharf auseinander gehalten werden. Ueber sie werden wir in einem der folgenden Kapitel noch ausführlich sprechen.

Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch

1. zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück,
2. zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte[1] und
3. zur Uebertragung und Belastung eines solchen Rechts.

Die Einigung im technischen Sinne dient, wie das Anwendungsgebiet des § 873 BGB. lehrt, dem rechtsgeschäftlichen Erwerb von Grundstücken, d. h. sie dient zur Herbeiführung einer unmittelbaren sachenrechtlichen Rechtsänderung an Grundstücken und ist Tatbestandsmerkmal einer sachenrechtlichen Verfügung, und zwar, wie ihr Name besagt, das Willensmoment in derselben. Sie setzt sich zusammen aus den auf die gleiche dingliche Rechtsänderung gerichteten, also übereinstimmenden Willensäußerungen desjenigen, dessen Recht von der Rechtsänderung betroffen wird, und des anderen gewinnenden Teils. Sie ist z. B., um einen besonders wichtigen Fall herauszugreifen, das Willensmoment im rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragungstatbestand, sofern es sich um Grundstücksübertragung handelt. Letzterer Einschränkung auf Grundstücke bedarf es aber gar nicht, denn auch bei der Eigentumsübertragung von Fahrnis wird etwas ganz Aehnliches gefordert. Nach § 929 BGB. ist nämlich zur Eigentumsübertragung erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Aus der Vorgeschichte des Begriffes Einigung wissen wir, daß der § 874 des ersten Entwurfs ebenfalls durch Beseitigung des Wortes Vertrag eine Aenderung erfahren hat, wie der § 828 dieses Entwurfes, und hierfür ganz die gleichen Gründe maßgebend gewesen sind. In § 929 BGB., der dem § 874 des ersten Entwurfes entspricht, ist damals an Stelle des Wortes Vertrag allerdings nicht der Ausdruck Einigung getreten, sondern es wurde dafür ein Ausdruck gewählt, der nicht einen Hergang, sondern einen Zustand bezeichnet[2]. Ein be-

[1] Derartige Rechte können sein:
1. ein Erbbaurecht, §§ 1012 ff. BGB.,
2. eine Grunddienstbarkeit, §§ 1018 ff. BGB.,
3. ein Nießbrauch, §§ 1030 ff. BGB.,
4. eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, §§ 1090 ff. BGB.,
5. ein Vorkaufsrecht, § 1094 BGB.,
6. eine Reallast, §§ 1105 ff. BGB.,
7. eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld, §§ 1113 ff., 1191 ff. und 1199 ff. BGB.

Das Gesetz bedient sich ferner des Ausdrucks Einigung noch in folgenden Paragraphen: §§ 873, 879, 880, 892, 925, 1015, 1116 und 1180 BGB. Es liegt auch hier überall eine Einigung im technischen Sinne vor.

[2] Der Grund dafür, daß in § 929 BGB. der Ausdruck „einig sein“ gewählt worden ist, mag damit zusammenhängen, daß bei dem Eigentumserwerb im Fahrnis die Einigung und Uebergabe in einem engeren Verhältnis zueinander stehen, als dies beim Eigentumserwerb an Immobilien der Fall ist, wo eine zeitliche Trennung von Einigung und

sonderes Gewicht ist hierauf nicht zu legen, da der Gesetzgeber, wie wir schon hervorgehoben haben, ja bei der Abänderung der beiden Paragraphen des ersten Entwurfes lediglich den zu einer Meinungsverschiedenheit Anlaß gebenden Ausdruck Vertrag vermeiden wollte und einen einheitlichen Ersatz hierfür gar nicht zu schaffen beabsichtigt hat. Wir können daher die Fälle, in denen wir eine Einigung im technischen Sinne bereits erblicken, noch um die in ihrer Struktur ganz gleich gearteten Fälle, in denen eine rechtsgeschäftliche sachenrechtliche Rechtsänderung für den Fahrnisverkehr beabsichtigt wird, erweitern. Demnach bedarf es u. E. einer Einigung im technischen Sinne auch noch

4. zur Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen[1],
5. zur Bestellung eines Nießbrauchs an beweglichen Sachen[2] und
6. zur Bestellung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen, sowie an Rechten[3].

Hiermit ist die Zahl der Fälle, wo eine Einigung im technischen Sinne vorkommt, m. E. geschlossen. Die Einigung kommt mithin nur in den Fällen vor, in welchen es sich um Aenderung, Aufhebung, Begründung oder Uebertragung eines Sachenrechtes — mag es dem Reichsrecht oder dem vorbehaltenen Landesrecht angehören — handelt. Da die Zahl der Sachenrechte geschlossen ist, besteht auch für die Einigungsfälle ein numerus clausus. Daraus erhellt: Ueberall, wo das Gesetz sonst sich eines ähnlichen Ausdrucks bedient, ist derselbe rein sprachlich aufzufassen[4].

Eine Sonderstellung nimmt die Einigung des § 854 Abs. 2 BGB. ein. Auf sie werden wir noch besonders zurückkommen. Es mag hier der Hinweis genügen, daß die Einigung des § 854

Eintragung schon infolge der Verschiedenheit der Rechtsgebiete, denen Einigung und Eintragung angehören, der Regelfall ist. Ganz richtig bemerkt hierzu Ortlieb (Einigung und dinglicher Vertrag) S. 8: „Ob nun die Einigung mit Eintragung oder mit Uebergabe zusammentrifft, ihre rechtliche Natur ist hier wie da dieselbe.“ Anderer Ansicht ist Stöver, der auf Seite 182 seiner Arbeit sagt: „Die Aehnlichkeit des rechtlichen Vorgangs des § 873 mit dem des § 929 S. 1 hat allgemein zu einer völligen Gleichbehandlung beider hinsichtlich ihrer juristischen Konstruktion geführt. Und doch bestehen wesentliche Unterschiede, die dazu nötigen, beide Fälle zu trennen.“

[1] cf. § 929 ff. BGB.

[2] cf. § 1032 BGB.

[3] cf. §§ 1205, 1260, 1292 BGB.

[4] cf. §§ 154, 155, 516 BGB. Die Anführung des § 516 BGB. bedarf noch einer kurzen Erklärung. Sohm zählt auf S. 27/28 Anm. 9 seines „Gegenstands“ einige Fälle der Einigung im technischen Sinne auf und beginnt seine Aufzählung mit § 516. Dies ist kein Widerspruch mit unserer Ansicht. Wie wir bereits früher dargelegt haben, vollzieht sich die Schenkung durch einen doppelten Vertrag, nämlich durch eine Einigung über die causa der Zuwendung und ein die Eigentumsübertragung bewirkendes Verfügungsgeschäft. Letzteres enthält eine Einigung im technischen Sinne.

Abs. 2 BGB. mit der Einigung im technischen Sinne nicht auf die gleiche Stufe gestellt werden darf.

IV. Worin besteht nun aber die Eigenart der Einigung im technischen Sinne, deren nach dem Gesetze vorkommende Fälle wir kennen gelernt haben?

Nach dem, was wir bisher von ihr wissen, könnte man glauben, die Einigung im technischen Sinne sei gar kein neuer Begriff; denn jeder Vertrag, zumal jeder, der sich als Verfügungsgeschäft charakterisiert, enthält ja gleichfalls eine Einigung über die unmittelbare gegenständliche Rechtsänderung. Es muß daher auf das, was die Einigung im technischen Sinne von den Willenseinigungen anderer Verträge unterscheidet, aufmerksam gemacht werden. Der Unterschied liegt darin, daß der Eintritt der rechtsgeschäftlichen Rechtsänderung im Sachenrecht nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzes (§§ 873, 929 BGB.) nicht eine Folge der Einigung allein ist, sondern sich erst an sie und die Uebergabe resp. deren Surrogate oder die Eintragung knüpft. Dem Konsens im Tatbestand einer sachenrechtlichen Verfügung ist demnach nicht die Kraft verliehen, wie dem Konsens im Tatbestande einer nicht sachenrechtlichen Verfügung.

Nach den früheren Ausführungen in den §§ 3 und 4 dieser Arbeit werden wir unschwer erkennen, daß die Einigung im technischen Sinne einen Teil eines Rechtsgeschäfts bildet, welches wir Rechtsgeschäft mit vollziehungsbedürftigem Konsens genannt haben. Die Einigung im technischen Sinne ist unfähig, allein schon den Rechtsgeschäftserfolg herbeizuführen. Sie wird erst, wenn zu ihr das vom Gesetz mit ihr auf die gleiche Stufe gestellte Tatbestandsmerkmal der Uebergabe oder Eintragung tritt, je nachdem eine Rechtsänderung im Fahrnis- oder im Liegenschaftsrecht herbeigeführt werden soll, wirksam. Die Einigung im technischen Sinne hat allein nur potentielle Wirkungsfähigkeit. Anders verhält es sich beim nicht sachenrechtlichen Verfügungsgeschäft. Hier ist der Konsens nicht vollziehungsbedürftig[1]). Er erfüllt die dem Verfügungsgeschäft eigenen Bedingungen. Das Verfügungsgeschäft ist auf gegenwärtige Rechtsänderung der Rechtslage eines Gegenstands gerichtet. Der unkörperliche, nicht sachenrechtliche Gegenstand gehorcht dem Wort. Der Verfügende vollzieht die Verfügung, wenn er dem, welchem sie zugute kommt, den Verfügungswillen kundtut und dieser den Annahmewillen bekundet. Kundgebung der Willensübereinstimmung über die gegenwärtige Rechtsänderung und Vollziehung der Verfügung

[1]) Der Ausdruck ist nicht falsch zu verstehen. Gemeint ist nicht, daß die Vollziehung nicht auch hier notwendig ist. Vollziehungsbedürftig ist auch hier der Konsens, soweit er nur Willensübereinstimmung über die gegenwärtige Rechtsänderung ist. Regelmäßig wird er aber ein die Vollziehung mit umfassender Konsens sein, so daß eine gesonderte Vollziehung nicht erst noch hervortritt.

fallen hier stets punktuell zusammen, um mich eines Stöverschen Ausdrucks zu bedienen. Beim sachenrechtlichen Verfügungsgeschäft vollziehen sich die Willensübereinstimmungserklärungen über die Rechtsänderung und die Vollziehung sukzessiv. Auch hier ist es natürlich denkbar, daß sie, Konsens und Vollziehungshandlung, bei besonders gearteter Rechtslage gleichzeitig zur Entstehung kommen, aber auch da wird sich, wie wir noch sehen werden, im Gegensatz zu den Verfügungsgeschäften ersterer Art das Nebeneinander der beiden Merkmale deutlich zeigen. Das Willensmoment im Verfügungsgeschäftstatbestand nicht sachenrechtlicher Natur ist einziges Element in seinem Tatbestand. Es ist Rechtsgeschäft im engeren Sinne auch selbst bei noch unvollendeter Rechtswirkung, da es allein Ursache der Rechtswirkung ist. Ursache der Rechtsänderung beim sachenrechtlichen Verfügungsgeschäft bilden erst Einigung und Uebergabe resp. deren Surrogate oder Einigung und Eintragung zusammen. Die Einigung ist allein nur Teilursache der privatrechtlichen Folge. In gewissem Sinne ist der oben angeführte Gedanke, daß die Einigung im technischen Sinne etwas Neues gar nicht sei, nicht unrichtig. Jedes Verfügungsgeschäft enthält eine Einigung im technischen Sinne. Das nicht sachenrechtliche Verfügungsgeschäft ist gegenüber dem sachenrechtlichen Verfügungsgeschäft insofern vereinfacht, als es zur Vollziehung des Verfügungswillens nicht erst noch einer weiteren Handlung bedarf, weil die Vollziehung der Verfügung schon durch den bloß geäußerten Parteiwillen bewirkt wird. Der Konsens im nicht sachenrechtlichen Verfügungsgeschäft ist stärker als die Einigung im technischen Sinn; er ist nicht nur potentiell wirkungsfähig, sondern selbständig wirkungsfähig. Er ist Ursache der Rechtswirkung, die Einigung im technischen Sinne dagegen nur Teilursache. Ersterer enthält die Einigung im technischen Sinne und die Fähigkeit der Vollziehung der Rechtsänderung. Seine Wirkung ist die gleiche wie die durch Einigung und Uebergabe resp. Eintragung bewerkstelligte, nämlich: unmittelbare gegenständliche Rechtsänderung.

Interessanterweise kommt Stöver, der hinsichtlich der Einigung im technischen Sinne auf einem von unserem völlig verschiedenen Standpunkt steht, bezüglich der rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung von beweglichen Sachen zu fast dem gleichen Ergebnis wie wir. Wir können unseren Standpunkt mit Stövers eigenen Worten formulieren. Stöver sagt auf Seite 178 seiner Arbeit (Arch. f. bürg. Recht, Bd. 26) über die Einigung im Sachenrecht: „Die Uebergabe ist für den Eigentumsübergang ein selbständiges, der Einigung gleichwertiges Erfordernis[1]. Beide,

[1]) Hier sind absichtlich die Worte Stövers: „sie ist von gleicher Art wie diese“ weggelassen worden, weil wir diese Ansicht, wie noch später sich zeigen wird, nicht teilen können.

Einigung und Uebergabe, bilden einen einheitlichen Tatbestand. Angesichts dessen ist die Ansicht, welche die Einigung allein oder genauer das Einigsein des Eigentümers und Erwerbers über den Eigentumsübergang für das sachenrechtliche Rechtsgeschäft, für den dinglichen Vertrag erklärt, wohl unhaltbar. Den sachenrechtlichen Vertrag machen Uebergabe und Einigung zusammen aus. Die Einigung für sich genommen ist nur ein wesentlicher Teil eines Rechtsaktes." Die Uebereinstimmung Stövers mit uns ist natürlich eine nur scheinbare. Stöver sieht in dem sich aus Einigung und Uebergabe zusammensetzenden Eigentumsübertragungsvorgange im Anschluß an Cosack [1]) einen Doppelvertrag und erklärt also sowohl die Einigung als auch die Uebergabe als Vertrag. Der aus diesen beiden Verträgen zusammengesetzte Tatbestand ist ihm der sachenrechtliche Vertrag.

Die Stellungnahme zu der Stöverschen Ansicht kann erst erfolgen, nachdem wir uns über den Begriff Uebergabe Klarheit verschafft haben, was später geschehen wird.

§ 6.

2. Inhalt und Wirkung der Einigung.

I. Als notwendige Schlußfolgerung aus unserer bisherigen Untersuchung ergibt sich: Die Einigung im technischen Sinne ist das Willensmoment im sachenrechtlichen Verfügungsgeschäft, also die Erklärung des rechtsgeschäftlichen Verfügungswillens des Berechtigten [2]) und des anderen Teils resp. deren Vertreter. Sie ist, wie jeder Vertragskonsens, die Summe zweier übereinstimmender rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen [3]). Aber deshalb ist die Einigung nicht schon Vertrag, denn sie unterscheidet sich von dem Vertragskonsens hinsichtlich ihrer Wirksamkeit. Sie kann allein nicht die gewollte Rechtsänderung herbeiführen, ohne deswegen selbst jeder Wirkungsfähigkeit bar zu sein. Sie ist potentiell wirkungsfähig. Sie führt erst mit einem notwendig noch hinzutretenden Tatbestandselement die Rechtsänderung herbei. Dabei ist sie hinsichtlich ihres Ent- und Bestehens unabhängig von dem noch ausstehenden Tatbestand, der seinerseits gleichfalls diese Eigenschaft hat. Denn beide haben voneinander

---

[1]) cf. Cosack, Lehrbuch, Bd. 1 S. 116 2. Aufl.

[2]) Der Berechtigte braucht bei Vornahme einer sachenrechtlichen Rechtsänderung nicht notwendig der Eingetragene zu sein. Der Berechtigte bedeutet im BGB. stets der Verfügungsberechtigte. Nicht notwendig zur Berechtigung ist das Eigentum. So ist z. B. der Konkursverwalter verfügungsberechtigt. Es genügt Verfügungsberechtigung zur Zeit der Antragstellung (878). In gewissen Fällen ist außerdem noch die Zustimmung Dritter (876) nötig.

[3]) Es finden die allgemeinen Rechtssätze über Willenserklärungen §§ 104 ff. BGB. Anwendung.

unabhängige Existenzbedingungen, wie wir noch bei der Betrachtung von den letzteren, der Uebergabe und der Eintragung, erkennen werden. Allein hat die Einigung keinen selbständigen Einfluß auf die Rechtsänderung. Sie ist lediglich Teil eines werdenden Vertrags. Kommt der fehlende Tatbestand nicht noch hinzu, so entbehrt sie tatsächlich jeder materiellen Wirkung. Die in ihr ruhende potentielle Wirkungsfähigkeit nützt ihr dann gar nichts; denn diese kann allein nicht den rechtsändernden Effekt herbeiführen[1].

II. Die Einigung ist Einigung der Beteiligten über den Eintritt der sachenrechtlichen Rechtsänderung, d. h. sie ist Konsenserklärung des dinglichen Konsenses über den gegenwärtigen

[1] An einem von Foerster mitgeteilten Beispiele tritt diese Eigenschaft sehr klar hervor. Das Beispiel und die Besprechung desselben durch Foerster lauten: „Es ist ein Kaufvertrag über einen Grundstücksteil privatschriftlich (wie das mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 313 Satz 2 BGB. häufig geschieht) geschlossen und die Auflassung erfolgt. In dem Vertrag und in der Auflassungserklärung ist der verkaufte Teil genau und übereinstimmend bezeichnet; die Bezeichnung entspricht aber nicht den durch § 96 GBO. zugelassenen landesgesetzlichen Ordnungsvorschriften; es fehlt z. B. der beglaubigte Auszug aus dem Steuerbuch und die von dem Fortschreibungsbeamten beglaubigte Karte, ohne welche nach der Preuß. allgem. Verfügung vom 20. XI. 99 § 30 die Abschreibung des Grundstücksteils nicht erfolgen soll. Die Auflassung ist rechtswirksam und bindend, der Grundbuchrichter lehnt aber ordnungsmäßig die Abschreibung und damit die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer ab. Der Veräußerer weigert sich, etwa aus Dickköpfigkeit oder um noch einen Vorteil aus dem Geschäfte herauszuschlagen, die zur Herstellung des Auszugs und der Karte erforderlichen Arbeiten auf dem Grundstücke vornehmen zu lassen. Nun sind beide Teile dinglich gebunden, aber dem Erwerber steht nicht die Möglichkeit offen, seine Eintragung und damit das Eigentum an dem Grundstücksteile zu erwerben, für welchen er vielleicht schon den ganzen Kaufpreis bezahlt hat. Aus dem privatschriftlichen Kaufvertrag kann er nicht klagen, denn dieser ist nach §§ 313 S. 1, 125 BGB. nichtig und die Nichtigkeit ist nicht schon durch Auflassung geheilt, vielmehr würde es dazu noch der Eintragung (§ 313 S. 2), die er nicht erlangen kann, bedürfen. Die Versicherung, daß die Auflassung trotzdem nicht unwirksam sei, daß beide Teile ja bei der einmal getroffenen Vereinbarung stehen bleiben müßten und daß der Erwerber das Eigentum erlange, wenn seine Eintragung jemals erfolgen sollte, wird dem Erwerber nur zu geringem Troste gereichen. Er will nicht ewig und ziellos gebunden bleiben, sondern durch Lösung der Bindung Freiheit erlangen. Freilich kann er dies durch Kondizierung des wegen Formmangels nichtigen Kaufvertrags, aber eine solche Lösung ist in vielen Fällen von beiden Teilen nicht beabsichtigt. Der Erwerber will nicht sein im Werden begriffenes Recht aufgeben, sondern zu der schon fast erreichten Vollendung bringen. Sollte ihm das wirklich durch abstrakte Ideen über die Wirkungen des abstrakten Vertrags unmöglich gemacht werden können?“ Wir müssen im Gegensatz zu Foerster diese Frage bejahen und können uns ihm nur insoweit anschließen, als er den Rat erteilt, die Grundstückskaufverträge in der Form des § 313 BGB. abzuschließen und nicht auf die vom Gesetzgeber im § 313 S. 2 beabsichtigte Wohltat zu vertrauen. cf. Foerster, „Zwei Fragen aus dem Vertragsrecht“, „Recht“ V. Jahrg. Nr. 23 S. 580/581.

Eintritt der Rechtsänderung. Unter Einigung ist also nicht zu verstehen der obligatorische Konsens. Das ist von großer Wichtigkeit. Denn die Verkennung der Natur des Begriffes Einigung nach dieser Hinsicht ist eine Quelle von irrigen Anschauungen geworden. Die Einigung ist Teil eines abstrakten Verfügungsgeschäfts, dem natürlich meist ein Kausalgeschäft, ein Verpflichtungsgeschäft, vorausgehen wird. Der Konsens dieses Geschäftes ist streng von der Einigung zu scheiden, auch da, wo er scheinbar mit ihr vollkommen zusammenfällt. Es ist falsch, wenn Foerster[1] in dem von ihm mitgeteilten Beispiel die Auflassung als Schuldanerkenntnis behandeln will und so in das abstrakte Verfügungsgeschäft ein obligatorisches Moment hineinträgt. Foerster hat sich auch später von diesem Fehler nicht ganz freimachen können, als er seine berühmten Aufsätze[2] gegen Eccius schrieb, welcher zuerst für die damals völlig neue und als unerhört geltende Auffassung von Bruck über das Wesen der Einigung im Sachenrecht mit der größten Entschiedenheit eingetreten ist[3]. Wir können Foerster nur insoweit beipflichten, als er in seinen Arbeiten in zutreffender Weise die abwegige Ansicht Wolffs[4] über die Identität des obligatorischen Vertrags mit der Einigung im technischen Sinne bekämpft und verschiedene Unrichtigkeiten[5] in der Auffassung von Eccius aufhellt. Der Hauptzweck, den die Aufsätze von Foerster aber nach dessen Ansicht erfüllen sollen, wird von ihnen nicht erreicht, weil der Beweis, daß die Einigung im technischen Sinne schon einen Vertrag darstelle, mißlungen ist. Foerster ist der Ansicht[6], die Einigung sei ein Vertrag, und zwar der dingliche Vertrag. Es wäre nicht einzusehen, unter welche andere rechtsgeschäftliche Kategorie die Einigung sonst gebracht werden könnte, wenn man sie nicht, was abgelehnt werden müsse, für ein Nichts erkläre. Sie sei ein Vertrag, bei welchem jeder Teil vor der Eintragung rücktrittsberechtigt sei, und habe auch, wenn sie formlos

[1] cf. Foerster, „Zwei Fragen aus dem Vertragsrecht", im „Recht" V. Jahrg. Nr. 23 S. 580.

[2] cf. Foerster, „Einzelne Betrachtungen über die dingliche Einigung", im „Recht" VII. Jahrg. Nr. 3 S. 53 ff.; ferner auch Foerster, „Die Konvaleszenz der Auflassungserklärungen", im „Recht" VI. Jahrg. Nr. 5 S. 115 ff. u. Nr. 6 S. 141 ff.

[3] cf. Eccius, Gruchots Beiträge, Bd. 46 S. 445—447 u. Bd. 47 S. 51—67.

[4] cf. Wolff a. a. O., Gruch. Beitr. Bd. 47 S. 26—50. Interessant ist auch der von Molitor gegebene historische Ueberblick über die Auffassungen der rechtlichen Natur der Einigung und des obligatorischen Konsenses, die zur Zeit des Erscheinens des Wolffschen Aufsatzes existierten. cf. Molitor a. a. O., im „Recht" VII. Jahrg. Nr. 3 S. 57—63.

[5] Richtig hebt Foerster hervor, daß eine einseitige Gebundenheit, wie sie Eccius in Gruch. Beitr. Bd. 47 S. 56 zugelassen haben will, rechtlich ausgeschlossen sei. cf. Foerster a. a. O., im „Recht" VII. Jahrg. Nr. 3 S. 56.

[6] Foerster a. a. O., im „Recht" VII. Jahrg. Nr. 3 S. 55/56.

auftrete, ihre selbständige Bedeutung und Rechtswirkung. Denn eine Eintragung, die ohne Einigung erfolge, sei rechtsunwirksam; die wenn auch formlos zustande gekommene Einigung habe dagegen die Rechtswirksamkeit der Eintragung zur Folge. Erzwungen könne nur die Eintragung nicht werden, weil es an der nach § 29 GBO. erforderlichen Form fehle und ja jeder Teil zu jeder Zeit zurücktreten könne. Anders stehe es mit der Einigung, bei welcher die Formerfordernisse des § 873 Abs. 2 BGB. erfüllt seien. Diese führe direkt zur Eintragung. Beide Teile seien gebunden, jeder Teil also könne auf seinen Antrag hin die Eintragung erlangen. Einverständnis herrsche darüber, daß die Wahrung der Form der Einigung nicht die Formmängel eines etwa zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäfts heile und daß aus der formgerechten Einigung eine Klage auf Vertragserfüllung nicht denkbar sei[1]), dagegen seien andere Klagen sehr wohl möglich. Eine Klage aus der dinglichen Einigung gebe das Gesetz selbst. Nach § 1154 Abs. 1 BGB. gehe die Briefhypothekenforderung über, wenn auf Grund einer Einigung die Abtretungserklärung in privatschriftlicher Form erteilt und der Hypothekenbrief übergeben werde. Die Eintragung der Abtretung sei zur Herbeiführung dieser Rechtsänderung nicht einmal erforderlich. Dennoch schreibe § 1154 Abs. 1 S. 2 vor: „Der bisherige Gläubiger hat auf Verlangen des neuen Gläubigers die Abtretungserklärung auf seine Kosten öffentlich beglaubigen zu lassen." Dieses Recht beruhe lediglich auf dem dinglichen Vertrag und die dingliche Bindung hätte gar keinen rechten Sinn, wenn aus ihr nicht auf Erfüllung von Förmlichkeiten geklagt werden könne. Der Fall des § 1154 BGB. berge in sich einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der dahin ginge, daß aus der dinglichen Einigung auf Erfüllung aller der Förmlichkeiten, von denen nach den Ordnungsvorschriften der GBO. die Eintragung abhängig gemacht werden könne, eine Klage statthaft sei. Die Ansicht Biermanns, daß eine Einigung, wenn sie auch nur den Ordnungsvorschriften der GBO. nicht entspräche, nicht bindend sei, wäre mit den §§ 873, 1154 BGB. unvereinbar.

Foersters Ansicht beruht auf der m. E. irrigen Ansicht, daß zur Uebertragung resp. Abtretung einer Briefhypothek zwei Verfügungsgeschäfte nötig seien, nämlich eines, welches die Uebertragung resp. Abtretung der Forderung, und eines, welches die der Hypothek zum Inhalt habe. Aus § 1153 BGB. folgt aber die akzessorische Natur der Hypothek. Die Hypothek geht also mit der Abtretung der Forderung kraft Gesetzes auf den neuen Gläubiger über. Es bedarf demnach gar nicht eines besonderen Verfügungsgeschäfts zum Uebergang der Hypothek. Das allein

[1]) Insoweit hat Foerster seine frühere Ansicht über die Klagbarkeit der Einigung modifiziert.

zur Bewirkung der Rechtsänderung nötige Verfügungsgeschäft ist die Abtretung der Hypothekenforderung. Letztere ist kein sachenrechtliches Verfügungsgeschäft. Sie vollzieht sich nur nach sachenrechtlichen Grundsätzen, und zwar ausnahmsweise nach Fahrnisrecht. Sie ist mithin ein durch die Formvorschriften des § 1154 BGB. formalisiertes Verfügungsgeschäft[1]), das die Erfüllung des obligatorischen Grundgeschäfts bildet. Da persönliche Forderung und Hypothekenforderung regelmäßig identisch sein werden, gehört die Abtretung der Hypothekenforderung zu den Rechtsgeschäften des zweiten Buches des BGB. Wenn man jedoch die Abtretung der Hypothekenforderung mit Rücksicht darauf, daß sie sich nach sachenrechtlichen Grundsätzen vollzieht und eventuell sogar unabhängig von ihrer Hauptforderung Bestand haben kann, einen dinglichen Vertrag nennen will, so darf man nicht außer acht lassen, daß sie auch dann trotzdem keine Einigung im technischen Sinne darstellt, sondern ein durch die Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Uebergabe des Hypothekenbriefs bereits vollzogenes Verfügungsgeschäft. M. E. fehlt daher im Vorgang der Abtretung der Hypothekenforderung der dingliche Vertrag, worunter Foerster die Einigung im technischen Sinne versteht, aus welchem das Gesetz selbst eine Klage gegeben haben soll. Mit Recht führt hierzu Kretzschmar[2]) in seinem Sachenrecht aus: „Der § 1154 hat nur den dinglichen, die Rechtsänderung unmittelbar bewirkenden Vertrag (gemeint ist das nach sachenrechtlichen Grundsätzen formalisierte Verfügungsgeschäft) zum Gegenstand. Der obligatorische Vertrag, durch den sich der Gläubiger zur Abtretung der ihm zustehenden Hypothek an den anderen Teil verpflichtet, ist grundsätzlich formfrei; er begründet den Anspruch auf formgemäßen Vollzug der Abtretung." Es kann also immer nur aus dem Kausalgeschäft auf Erfüllung der Form des Leistungsgeschäfts geklagt werden. Die Parteien, die eine Einigung abschließen, wollen leisten, nicht eine Verpflichtung erzeugen.

Die weiteren von Foerster für die Klagbarkeit der Einigung im technischen Sinne ins Feld geführten Beispiele kranken an dem gleichen Fehler, an der Verkennung des Charakters der Einigung als Teil eines Verfügungsgeschäfts.

Auch Strecker[3]) hält den dinglichen Vertrag, worunter er die Einigung im technischen Sinne allein versteht, unter gewissen

---

[1]) cf. Fuchs, Grundbuchrecht, 1902 Bd. 1 S. 480 ff., wo es heißt: § 1154 gibt die Formvorschriften für die Abtretung der Hypothekenforderung. Ist die Forderung hypotheziert, so ist die Abtretung formalisiert. Nicht bloß die Hypothek, sondern auch die bloße Forderung geht nicht über, wenn die Formvorschriften des § 1154 nicht erfüllt sind.

[2]) cf. Kretzschmar, Sachenrecht, 1906 S. 517, 522.

[3]) Strecker, Rechte an Grundstücken, a. a. O. S. 36; gegen Strecker richtig Wunderlich, Eintragungsbewilligung, S. 30 Anm. 3.

Umständen für klagbar, nämlich dann, wenn er durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung bindend geworden ist. Hier könnte es vorkommen, meint Strecker, daß der Berechtigte den gerichtlichen oder notariellen Vertrag in den Händen hat und dessen Einreichung bei dem Grundbuchamt zum Zwecke der Eintragung unterläßt, oder daß der Vertrag keine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragsbewilligung enthält, so daß das Grundbuchamt die Eintragung ablehnt und der Berechtigte nun die Ausstellung einer gehörigen Eintragsbewilligung verweigert. In diesen Fällen hält Strecker eine Klage gegen den Berechtigten lediglich auf Grund des abstrakten dinglichen Vertrags für zulässig, da dieser sonst, trotzdem er bereits bindend geworden ist, jeglicher Wirksamkeit entbehren würde. Natürlich bliebe es dem Beklagten unbenommen, aus dem zugrunde liegenden Kausalgeschäft Einwendungen herzunehmen. Die Streckersche Ansicht müssen wir ebenfalls zurückweisen, da u. E. eine Klage aus einem Verfügungsgeschäft, das nur zum Teil zur Entstehung gelangt ist, wie überhaupt jede Klage auf Leistung aus einem Verfügungsgeschäft, ausgeschlossen ist. Auf die Bedeutung der Bindung werden wir im nächsten Paragraphen zu sprechen kommen.

Nach Fuchs[1]) kann der Begünstigte allein auf Grund der bindenden Einigung vom anderen Teil die Aushändigung der Urkunden oder Nachholung der nach der Grundbuchordnung verlangten Förmlichkeiten, ohne auf das Kausalgeschäft zurückgehen zu müssen, verlangen. Nach seiner Ansicht hat die Bindung die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung, aber die Wirkung der Bindung erschöpft sich nach ihm nicht in den Wirkungen der Verfügungsbeschränkung[2]), denn er glaubt, die Bindung habe nicht, wie diese, eine bloß negative, sondern eine positive anspruchserzeugende Kraft; sie vernichte nicht bloß, sie verpflichte. Warum die Ansicht, daß die Einigung durch Bindung eine Verfügungsbeschränkung wirke, uns nicht zutreffend erscheint, das wird später auseinandergesetzt werden. Hinsichtlich der obligatorischen Kraft der Einigung gilt auch hier, was schon früher ausgeführt worden ist[3]).

Bekannt ist die Meinung Endemanns[4]) über die Klagbarkeit der Einigung. Er läßt aus dem „dinglichen Vertrage" einen sachenrechtlich begründeten, sogar abtretbaren Anspruch auf Leistung des dinglichen Rechts durch Uebergabe oder Eintragung entstehen. Sehr richtig bemerkt Predari[5]) hierzu: „Ich vermag diesen Ausführungen nicht zu folgen. Wenn Endemann sagt,

---

[1]) cf. Fuchs, Grundbuchrecht, 1902 Bd. 1 S. 64 unter § 137.
[2]) cf. in diesem Kapitel unter III.
[3]) cf. auch Kretzschmar, Sachenrecht, 1906 S. 59.
[4]) cf. Endemann, II § 16 Nr. I_2 § 21 Nr. 3.
[5]) cf. Predari, Grundbuchordnung, 1907 S. 110 Anm. 12 u. 13.

daß die praktische Anwendung der Zession des Anspruchs aus der Auflassung sehr vielfältig sei, insbesondere wenn eine Baugesellschaft ein Terrain zum Zwecke der Parzellierung erwerbe, so dürfte dies auf einer Verwechslung mit der Zession des Anspruchs auf die Auflassung beruhen. Es wird dann unmittelbar dem Zessionar aufgelassen."

Trotzdem Oberneck die Zweifelhaftigkeit der Frage über die Klagbarkeit des dinglichen Vertrags, d. h. der Einigung im technischen Sinne, anerkennt, vertritt er doch die Ansicht[1]: „Die durch § 873 Abs. 2 BGB. eingeführte Bindung der Beteiligten kann schwerlich eine andere Bedeutung haben, als den Willen der Parteien zur Uebertragung bez. zur Annahme des dinglichen Rechts zu binden, d. h. zu verpflichten. Kann dieser Verpflichtungswille nicht zwangsweise verwirklicht werden, so ist die Bindung als materiellrechtliche Vorschrift ohne Bedeutung. Die Frage ist nicht nur theoretisch. Man nehme die privatschriftlichen Erklärungen der Parteien über die Bestellung einer Buchgrundschuld an, welche bei dem Grundbuchamt eingereicht und dadurch bindend geworden sind. Mangels öffentlicher Beglaubigung weist der Grundbuchrichter den Antrag auf Eintragung zurück. Der Berechtigte klagt auf Ausstellung einer eintragsfähigen Urkunde, weil der Eigentümer dieselbe verweigert. Der Kläger kann dann seine Klage einfach auf den formalisierten Vertrag stützen. Den Beklagten trifft die Beweislast des mangelnden klägerischen Rechts. Dieser persönliche Anspruch auf Vollzug der dinglichen Rechtsänderung ist abtretbar und durch Vormerkung sicherungsfähig." Eine treffende Entgegnung zu dieser Ansicht findet sich bei Planck, Kommentar 1907, Bd. III S. 87 zu § 873 II, die nur insoweit von uns abweicht, als Planck an dem Vertragscharakter der Einigung im technischen Sinne festhält, trotzdem er zugestehen muß, daß sie ohne Uebergabe bez. Eintragung die Rechtsänderung nicht herbeizuführen vermag.

III. In jüngster Zeit hat das Problem über die rechtliche Natur der Einigung auf besondere Weise Simon[2] zu lösen geglaubt. Simon hält sich von allen bisher gerügten Fehlern frei, die er auch selbst in m. E. zutreffender Weise zurückweist[3]. Er erkennt an, daß von einem Vertrage nur dann gesprochen werden könne, wenn nicht allein eine Willenseinigung, sondern auch ein Rechtserfolg vorhanden sei, der sich an sie knüpfe. Da nun aber einen solchen Rechtserfolg nach den bisherigen Anschauungen nur Einigung und Eintragung bez. Uebergabe zusammen, nicht aber die Einigung allein hätte, so könnte man zu anderen Er-

[1] cf. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, Berlin 1900, 2. Aufl. S. 185.

[2] Dr. Paul Simon, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung. 20. Heft von Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts.

[3] cf. S. 2—13 der Simonschen Arbeit.

gebnissen, als den von Bruck und Eccius aufgestellten, die s. E. im übrigen unangreifbar wären, nicht gelangen. Die Einigung allein sei nach diesen nur der eine Teil des aus zwei Elementen zusammengesetzten Tatbestandes, welcher die Rechtsänderung zur Folge habe, nicht aber dieser Tatbestand selbst, noch auch ein anderer, der einen Rechtserfolg herbeiführe. Simon sieht nun den Fehler von Bruck und Eccius darin, daß sie nicht erkannt hätten, daß letzterer Fall für die Einigung zuträfe. Sie sei nämlich für sich schon ein Tatbestand mit selbständiger Rechtsfolge. Sie wirke eine rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung und sei daher selbst Verfügungsgeschäft.

Als grundlegend für seine Betrachtung schickt Simon seinen Ausführungen folgendes voraus[1]: Die Formulierung des § 873 Abs. 2 BGB. sei insofern irreführend, als man glauben könnte, die bindende Kraft der Einigung sei eine besondere Eigenschaft, welche ihr als etwas Singuläres durch das Gesetz verliehen werde, welche von außen zu ihren wesentlichen Eigenschaften hinzukomme. Das Gegenteil sei vielmehr der Fall. Das Gewöhnliche sei, wie bei jeder rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, so auch bei der Einigung, daß die Beteiligten an ihre Erklärungen gebunden seien. Daß das Gesetz nun diese Bindung bei der formlosen Einigung erst mit der Eintragung eintreten ließe, das sei das Ungewöhnliche. Nicht die Bindung bei formeller, sondern die Nichtbindung bis zur Heilung des Formmangels durch die Eintragung bei formloser Einigung sei die Anomalie, die § 873 Abs. 2 BGB. enthalte. Die Einigung sei also ihrem Wesen nach bindend, die Bindung der Einigung wesentlich. Daher sei die Einigung im Fahrnisrecht (§§ 929, 1032, 1205 BGB.) stets bindend. Denn das Gesetz bestimmt für dieses keine Ausnahme von der normalen Rechtslage, wie in § 873 Abs. 2 BGB. für das Immobiliarsachenrecht.

Die Behauptung Simons ist nicht haltbar. Denn das Gesetz bestimmt ausdrücklich, daß die Einigung im Fahrnisrecht in der Regel nicht bindend ist. Die entscheidenden Beweisstellen sind die §§ 700 Abs. 1 Satz 2 und 956. Gehen wir von dem zuletzt angeführten Paragraphen aus. Dieser gehört der Gruppe von Paragraphen an, in denen der Erwerb von Erzeugnissen und Bestandteilen geregelt ist. Der Erwerb von Erzeugnissen und Bestandteilen vollzieht sich bald originär, nämlich wenn er kraft dinglichen Fruchtrechts (ohne Verfügung) gemacht wird, bald derivativ, wenn er kraft „Gestattung", d. h. kraft Verfügung (956) eintritt. In letzterem Fall gilt — das beweist den Verfügungscharakter dieses Vorgangs — die Unterscheidung der

[1]) cf. Simon, S. 14 ff.

Verfügung des Berechtigten von der Verfügung des Nichtberechtigten (957)[1].

Uns interessiert nur der letztere Fall, „die Gestattung". Sofern wir an dem von uns zuvor gewonnenen Satze festhalten, daß jeder Erwerb des nicht dinglich Fruchtberechtigten kraft Verfügung vor sich gehen muß, wird uns das Verständnis des Wesens der Gestattung keine Schwierigkeit bereiten, namentlich, wenn wir uns den Vorgang an der Hand eines Beispiels klar machen. Wer also nicht dinglich berechtigt, wie etwa der Nießbraucher, sondern bloß forderungsberechtigt ist, wie der Pächter, der lediglich ein Forderungsrecht gegen den Verpächter auf Erfüllung des rein obligatorischen Pachtvertrags hat, kann Eigentum an den Früchten nur derivativ[2] durch rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragungsvorgang, der sich, wie wir ja wissen, bei dinglicher Rechtsänderung durch Einigung und Uebergabe vollzieht, erwerben. Die Erfüllung des Pachtvertrags geht nun nach § 956 vor sich. Der Verpächter gestattet dem Pächter, sich die Erzeugnisse der vermieteten fruchttragenden Sache anzueignen, d. h. er kommt mit ihm dahin überein, daß 1. das Eigentum an den Erzeugnissen auf den Pächter übergehen soll, und daß 2. letzterer die Erzeugnisse mit ihrer Trennung zum Zwecke der

[1]) cf. Sohm, Gegenstand, S. 36 Anm. 15.

[2] Da der rechtsgeschäftliche Erwerb von Erzeugnissen ein Verfügungsgeschäft ist, gelten natürlich auch die Rechtssätze von der Legitimation zugunsten des gutgläubigen Erwerbers. Sie vermitteln, soweit die Legitimation zur Verfügung legitimiert, ursprünglichen Rechtserwerb auf Grund der Verfügung eines Nichtberechtigten. Um Rechtserwerb durch Verfügung eines Nichtberechtigten zu begründen, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

1. Ein Verfügungsgeschäft, d. h. ein abgeleiteter Erwerbsgrund, der die Rechtsnachfolge im Verhältnis zum Verfügenden begründet, der also an sich, falls Verfügender verfügungsberechtigt ist, geeignet ist, den gewollten Rechtserfolg herbeizuführen.
2. Bona fides (Nichtwissen von dem Mangel der Verfügungsberechtigung des Verfügenden).
3. Der gute Glaube muß durch Legitimation des Verfügenden objektiv gerechtfertigt sein. Für den Fahrnisverkehr legitimiert der Besitz (932 ff.), für den Grundbuchverkehr die Eintragung ins Grundbuch. [cf. § 957. Der Gestattende muß die Sache besitzen. Ueber diesen Satz existiert eine sehr interessante Polemik zwischen Hellmann, Harburger und Jacubezky (vgl. hierzu Hellmann, Eigentumserwerb nach § 957, im „Recht" V. Jahrg. Nr. 17 S. 417—421, Harburger, Eigentumserwerb nach § 957, im „Recht" V. Jahrg. Nr. 19 S. 484 486 und von Jacubezky, Zum § 957 BGB., im „Recht" VI. Jahrg. Nr. 1 S. 4—6), aus welcher letzterer als Sieger hervorgegangen ist.]
4. Für den Fahrniserwerb muß ferner noch die Sache für den Erwerb vom Nichtberechtigten geeignet sein (res habilis). cf. Sohm, Gegenstand, § 9 S. 52 ff., insbes. S. 54, 55.

Vollziehung der Eigentumsübertragung in Besitz nehmen darf[1]. Daraus erhellt: die Gestattung ist ein rechtsgeschäftlicher Eigentumsübertragungsvorgang, bei dem die Uebergabe noch durch die Trennung der Erzeugnisse, die Gegenstände der Verfügungsgeschäfte werden sollen, bedingt ist; mit anderen Worten: sie ist die im voraus erklärte Einigung zwecks Fruchterwerbs durch Tradition. Der Pächter erwirbt also nicht, wie es bei oberflächlicher Betrachtung erscheinen kann, durch einseitigen tatsächlichen Vorgang, sondern durch Rechtsgeschäft, auf das nur die Sonderbestimmungen des § 956 BGB. Anwendung zu finden haben. Er erwirbt Eigentum durch Einigung und Uebergabe. Die Sonderheit bei diesem Eigentumsübertragungsvorgang besteht nun darin, daß die im voraus erklärte Einigung im technischen Sinne, die ja obigen Ausführungen entsprechend in der Gestattung enthalten ist, in Fällen des § 956 Abs. 1 Satz 2, d. h. in den Fällen, in denen der Eigentümer zu der Gestattung verpflichtet ist, nicht widerrufen werden kann. Damit bringt aber der Gesetzgeber indirekt zum Ausdruck, was wir beweisen wollen, daß sonst die Einigung im technischen Sinne widerrufen werden kann, mithin nicht bindend ist.

Ebenso enthält der § 700 Abs. 1 Satz 2 eine „Gestattung", die, richtig verstanden, auch als eine im voraus erklärte Einigung im technischen Sinne, welche noch der Vollziehung bedarf, zu beurteilen ist. Dieselbe ist, weil Ausnahmen hier nicht, wie im § 956 Abs. 1 Satz 2, vorgesehen sind, bis zur Aneignung der vertretbaren Sachen widerruflich, also nicht bindend, eine Konsequenz, die sich aus § 956 BGB. ohne weiteres ergibt.

Wir müssen daher nach dem Gesetz die als Voraussetzung des Ideengebäudes Simons vorangestellte Behauptung, daß jede Einigung im technischen Sinne, sofern nicht das Gesetz die Bindung, wie im § 873 Abs. 2 BGB., erst noch ausnahmsweise von Formvorschriften abhängig mache, bindend sei, als irrig zurückweisen. Damit ist aber bereits, wenigstens zum Teil, schon der Simonschen Auffassung der Boden entzogen. Denn nun läßt sich für die Einigung des Fahrnisrechts die Behauptung, sie wirke eine Verfügungsbeschränkung, nicht mehr halten. Denn dann entbehrt eben die nur mit potentieller materieller Wirkungsfähigkeit begabte Einigung im technischen Sinne ihrer selbständigen Wirkung, die sie nach Simon haben soll.

Damit ist aber noch nicht der Hauptfehler Simons gerügt, der in einer völligen Verkennung des Begriffes Verfügungsgeschäft besteht. Es tritt gerade bei Simon besonders deutlich

[1]) Bei Gestattung im voraus wird mit der Trennung der Früchte Eigentum an denselben erworben, wenn bei der Gestattung der Besitz der fruchttragenden Sache übergeben worden ist. cf. Aufsatz von Kramer, „Kann der Grundstückseigentümer stehende Früchte rechtswirksam übereignen?", im „Recht" VI. Jahrg. Nr. 24 S. 609, 610.

hervor, wie gefährlich es ist, einer falschen Begriffsbestimmungsmethode zu folgen, wovor Sohm und Manigk mit Recht in eindringlichster Weise warnen. Die Arbeit Simons, eines zur Behandlung konstruktiver Fragen zweifellos ganz hervorragend befähigten Gelehrten, ist eine durchaus sorgfältige und tiefgründige. Und doch kann sie nicht zum Ziel führen, weil sie nicht mit festen Grundbegriffen operiert, sondern sich diese nach einer vorgefaßten Meinung zurechtkonstruiert. Der Erfolg ist ein zunächst bestechender, man staunt vor der Klarheit der entwickelten Gedankenreihen und den Prämissen nach auch völlig logischen Schlußfolgerungen, aber bei näherer Betrachtung erkennt man, daß der Verfasser, weil von falschen Voraussetzungen ausgehend, seine Mühe umsonst verschwendet.

Diese harte Kritik über die Simonsche Arbeit rechtfertigt sich, wenn wir noch kurz bei der Kritik Simons gegen Biermann verweilen. Die Widerlegung der Kritik Biermanns gegen Koffka ist Simon völlig mißlungen. Biermann behauptet gegen Koffka[1]: Die Konstruktion eines konkludenten Widerrufs in den Fällen, wo der Passivbeteiligte ein mit dem in der Einigung gewährten Rechte kollidierendes Recht bestellt, sei unrichtig; denn dann könne man auch von Widerruf sprechen, wenn der Verkäufer die dem A. verkaufte Sache dem B. übereigne und sich außer Stand setze, seinen Verpflichtungen gegen den Käufer A. nachzukommen. Simon wendet dagegen ein[2]: Der obligatorische Vertrag schaffe nur eine persönliche Bindung der Verpflichteten; durch eine Zuwiderhandlung des letzteren gegen den Inhalt des Vertrags werde die persönliche Bindung nicht beseitigt, sondern nur minimal modifiziert. Ein Widerruf des obligatorischen Vertrags, der Beseitigung der Willenserklärungen, z. B. der Verkaufserklärungen, bedinge, sei also in einer Zuwiderhandlung gegen denselben nicht zu erblicken. Hiermit hat natürlich Simon vollkommen recht. Das ist aber auch der Standpunkt Biermanns. Simon behauptet aber weiterhin: Das sei völlig anders beim dinglichen Vertrag, bei der Einigung im technischen Sinne. Um seine Ansicht zu begründen, entwickelt Simon zunächst zutreffend die Definition des Widerrufs. Er sagt[3]: Der Widerruf einer Willenserklärung sei eine andere Willenserklärung der gleichen Person, welche die Folge habe, daß die erste Erklärung als nicht abgegeben gelte; wenn daher durch eine Willenserklärung die Wirksamkeit einer anderen Willenserklärung der gleichen Person beseitigt worden sei, so habe ein Widerruf stattgefunden. Obwohl Simon den Widerruf als rechtsgeschäftliche Willenserklärung bezeichnet, entbindet er denselben von der

[1] cf. Simon a. a. O. S. 20.
[2] cf. Simon a. a. O. S. 24.
[3] cf. Simon a. a. O. S. 21 ff.

Adreßbedürftigkeit, und zwar setzt er sich über diese Notwendigkeit, welche er im allgemeinen, insbesondere für den obligatorischen Konsens, anerkennt, durch den Hinweis auf die §§ 2255 ff. BGB. hinweg, welche vom Widerruf des Testaments durch konkludente Handlung sprechen. Die vergleichsweise Heranziehung des Testaments ist schon an sich unglücklich, weil das Testament 1. ein einseitiges Rechtsgeschäft und kein Vertrag und 2. Verfügung von Todes wegen und kein Verfügungsgeschäft ist. Aber ganz abgesehen hiervon können die oben zitierten Paragraphen das gar nicht beweisen, was sie beweisen sollen. Denn gerade die besonders hervorgehobenen Fälle des § 2258 Abs. 1 sind alle Fälle, in welchen der Widerruf, wie dies für jede rechtsgeschäftliche Willenserklärung verlangt wird, adreßbedürftig ist und, um wirksam zu sein, auch sein muß. Simon verkennt offenbar ganz, daß ein Testament auch adreßbedürftig ist, ebenso wie jeder Widerruf, wenn die Rechtswirkung eintreten soll, und daß die Widerrufserklärung, auch wenn sie konkludent erfolgt, adreßbedürftig bleibt. Simon stellt — und hierauf beruht vermutlich sein Irrtum — das noch nicht zugegangene Testament auf gleiche Stufe mit der bereits erklärten Willenserklärung. Er verkennt also den Unterschied zwischen einer zugegangenen und nicht zugegangenen Willenserklärung; nur erstere muß widerrufen werden, letztere braucht dagegen nicht widerrufen zu werden, sie kann, weil sie noch nicht zugegangen, also noch nicht erklärt ist, rückgängig gemacht werden ohne Widerruf. Wenn jemand eine Annahmeerklärung auf eine ihm schriftlich gemachte Kaufsofferte zu Hause niedergeschrieben, aber noch nicht abgesandt hat, so kann er, wenn er seinen Willen ändert, die Annahmeerklärung ohne weiteres vernichten resp. den Zugang vereiteln. Dann ist eben die Annahmeerklärung, weil sie nicht zugegangen ist, nicht erklärt. Erst wenn die Annahmeerklärung mit Willen des Erklärenden in die Wahrnehmungssphäre des Gegners gelangt, ist ein Widerruf, der dann stets ausdrücklich bzw. konkludent erklärt sein muß, notwendig, um den Erfolg des Widerrufs herbeizuführen, d. h. die Wirksamkeit der gleichzeitig oder kurz darauf eintreffenden Willenserklärung außer Kraft zu setzen.

Wir können daher Simon nicht beistimmen, wenn er behauptet[1]: „Das wesentliche Kennzeichen für das Vorhandensein eines Widerrufs ist also nur, daß eine Willenserklärung ihre Wirksamkeit verliert und daß dies durch eine andere Willenserklärung, durch Rechtsgeschäft der gleichen Person, herbeigeführt, nicht aber etwa durch einen überhaupt nicht rechtsgeschäftlichen Tatbestand oder durch den Willen eines anderen verursacht wird."

[1]) cf. Simon a. a. O. S. 26.

Denn u. E. ist ein Widerruf immer eine ausdrückliche resp. stillschweigende Willenserklärung, die demjenigen, der durch den Widerruf betroffen wird, zugehen muß.

Daher ist es auch falsch, wenn Simon schlußfolgert[1]: „Im Gegensatz zum obligatorischen Vertrag, der durch Vertragsbruch nicht widerrufen wird, verliert also der dingliche Vertrag durch eine ihm widersprechende Verfügung, falls sie gültig erfolgen kann, seine Wirksamkeit. Er wird durch sie konkludent widerrufen. Denn[2] sonst müßte die Einigung jederzeit ihre volle Wirksamkeit auch nach der Verfügung entfalten können, d. h. auch nach der Verfügung mit der Eintragung zusammen die dingliche Rechtsänderung ergeben."

Die Einigung im technischen Sinne bleibt natürlich trotz anderweiter Verfügung, sofern sie nicht widerrufen und dadurch außer Kraft gesetzt wird, ebenso potentiell wirkungsfähig, wie zuvor. Sie würde, nachdem das Hindernis der anderweiten Verfügung durch Rückverfügung beseitigt wäre, ohne weiteres wirksam werden können, wenn die noch ausstehende Vollziehung der Einigung, die Uebergabe resp. Eintragung, noch hinzutreten würde. Aber auch ohne Wegfall der mit einem Dritten geschlossenen Verfügung, der anderweiten Verfügung, würde die vorher gültig zustande gekommene und nicht widerrufene Einigung im technischen Sinne deshalb nicht wirkungsunfähig sein. Sie würde, wenn eine rechtsgültige Uebergabe und Eintragung noch hinzukäme, den Tatbestand einer Verfügung eines Nichtberechtigten erfüllen. „Auch die Verfügung des Nichtberechtigten macht als solche den Erwerber zum Rechtsnachfolger des Verfügenden[3], vorausgesetzt, daß das Verfügungsgeschäft gültig ist[4]. Das echte Verfügungsgeschäft, das für uns nur in Frage kommt, ist trotz mangelnder Verfügungsberechtigung schlechtweg gültig, sobald die allgemeinen Voraussetzungen des Geschäftstatbestandes erfüllt sind. Aber die

---

[1] cf. Simon S. 26.

[2] cf. Simon S. 25.

[3] mit den folgenden drei Rechtswirkungen:

1. sie begründet die Anrechnung der Besitzzeit des Rechtsvorgängers (accessio temporis) für Verjährung und Ersitzung (221, 943);
2. sie gibt das Recht, Verwendungen des Rechtsvorgängers gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers geltend zu machen (999_1);
3. sie gibt in bezug auf Passivlegitimation gegenüber dem Besitzanspruch die Einwendungen des Rechtsvorgängers (861_2, 862_2).

cf. Sohm, Gegenstand, § 9 S. 49.

[4] cf. Sohm, Gegenstand, § 9 S. 50, 51 ff. cf. auch Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten, I. 3. Die notwendige Grundlage des gutgläubigen Erwerbs. S. 21 ff., im Archiv für zivilistische Praxis 89 Band n. F. 39. Bd.) S. 1 ff., sowie Hellwig, Rechtskraft, a. a. O. S. 103, mit teilweise abweichenden Ansichten.

Verfügung des Nichtberechtigten macht als solche nur zum Rechtsnachfolger eines Nichtberechtigten. Solche Rechtsnachfolge begründet keinen Rechtserwerb. Sie versagt als abgeleiteter Erwerbsgrund. Um dennoch den Rechtserwerb zu bewirken, müssen weitere Erwerbstatsachen hinzutreten. Für solche Geschäfte gelten die Vorschriften in § 185, welche abgeleiteten Rechtserwerb auch durch Verfügung eines Nichtberechtigten vermitteln. Das geschieht, wenn der Verfügende später Berechtigter wird (er beerbt z. B. den Berechtigten) oder der Berechtigte den Verfügenden beerbt und unbeschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet: Das Rechtsnachfolgeverhältnis zum Verfügenden wirkt von nun an (ex nunc) den (abgeleiteten) Rechtserwerb. Das gleiche geschieht, wenn der Berechtigte seine Zustimmung zu der (im Namen des Berechtigten geschehenen) Verfügung erteilt, sei es als Einwilligung vor oder bei der Verfügung, sei es als Genehmigung nach der Verfügung. Die Zustimmung des Berechtigten zu der Verfügung des Nichtberechtigten bedeutet ein Hilfsverfügungsgeschäft. Auch der Berechtigte verfügt. So ist in solchem Falle der Erwerber Rechtsnachfolger auch des Berechtigten: es tritt abgeleiteter Rechtserwerb ein[1]." Das Verfügungsgeschäft, das vom legitimierten Nichtverfügungsberechtigten vorgenommen ist, ist sogar sofort gültig und wirksam, sofern nur die Voraussetzungen, um Rechtserwerb durch Verfügung eines Nichtberechtigten zu begründen, gegeben sind (justus titulus, bona fides, Legitimation, res habilis)[2]. Trotz des Verfügungsgeschäftes ist der Erwerb vom Legitimierten kein verfügungsgeschäftlicher und damit kein abgeleiteter, sondern, gleich der Ersitzung, ein auf Gesetz beruhender ursprünglicher Erwerb. Der Erwerb kraft Verfügung des legitimierten Nichtberechtigten folgt nicht aus der Verfügung, sondern aus anderweitigem Tatbestande; denn die Verfügung des Nichtberechtigten wirkt Rechtsnachfolge nur gegenüber dem Nichtberechtigten[3]. Die Rechtsvorgängerschaft eines Nichtberechtigten genügt nicht zum Erwerb und der Erwerb kann auch nicht vom Berechtigten hergeleitet werden. Der Rechtserwerbsgrund wirkt gegen den Berechtigten, er wirkt nicht kraft, sondern trotz seiner Berechtigung. Der ursprüngliche Erwerb wird vermittelt durch die Rechtssätze von der Legitimation des gutgläubigen Erwerbers. – Die Richtigkeit seiner Ansicht sucht Simon durch ein Beispiel zu erhärten. Dasselbe lautet[4]: A. hat sich mit B. über die Uebereignung eines bestimmten Pferdes geeinigt. Bevor die Uebergabe erfolgt, übereignet es jedoch A. dem C. durch Einigung und Uebergabe. Hieraus zieht nun Simon folgende Schlußfolgerungen: „Ist die

[1]) cf. Sohm, Gegenstand. S. 51, 52.
[2]) cf. Sohm, Gegenstand. S. 53, 54, 55.
[3]) cf. Sohm, Gegenstand. S. 56, 57, 58, 59.
[4]) cf. Simon a. a. O. S. 28.

Uebereignung an C. nun gültig, so hat die Einigung mit B. ihre Wirksamkeit verloren. Sie kann nicht mehr durch Uebergabe des Pferdes zur Eigentumsübertragung ergänzt werden. In einer solchen widersprechenden Verfügung liegt ein konkludenter Widerruf. Da aber ein Widerruf infolge der bindenden Kraft der Einigung des A. mit. B. unwirksam ist und jede weitere Verfügung nach der Einigung einen Widerruf enthält, so ist jede weitere Verfügung unwirksam. Damit haben wir die Verfügungsbeschränkung nachgewiesen. Ein Dritter kann nach der Einigung nur auf Grund guten Glaubens (§ 135 Abs. 2 S. 932 ff.) Eigentum erwerben." M. E. beweist dieses Beispiel lediglich, daß Simon seine einmal gefaßte Ansicht konsequent durchführt. Irgend welche Beweiskraft dafür, daß das Gesagte auch richtig ist, wohnt dem Beispiel nicht inne. Die Verfügung des A. an C. ist nach unserer Ansicht auf alle Fälle [1] gültig, sofern die allgemeinen Voraussetzungen des Verfügungstatbestandes erfüllt sind. Die Einigung zwischen A. und B. behält aber trotz der Verfügung des Pferdes an C. die ihr innewohnende potentielle Wirkungsfähigkeit. Verschafft A. sich den Besitz des Pferdes und ergänzt die Einigung durch Uebergabe, so ist der Verfügungsgeschäftstatbestand erfüllt. B. wird Rechtsnachfolger des A. War A. z. Zt. der Uebergabe des Pferdes geschäftsfähig und im fehlerfreien Besitz des Pferdes und kannte B. den Mangel der Verfügungsberechtigung des A. nicht, so wird B. mit der Perfektion des Verfügungsgeschäfts Eigentümer des Pferdes. Es wird sodann originär Rechtserwerb durch Verfügung eines Nichtberechtigten begründet [2]. Liegen dagegen die Voraussetzungen hierfür nicht vor, so ist deshalb noch nicht die Einigung zwischen A. und B. wirkungslos. Die gewollte Wirkung kann dann zwar nicht durch das Verfügungsgeschäft als solches herbeigeführt werden, aber das als Verfügungsgeschäft eines Nichtberechtigten zustande gekommene Rechtsinstitut ist als wirkungsfähig vorhanden und kann durch anderweitige Vorgänge, insbesondere durch Zustimmung des Berechtigten (d h. Verfügungsberechtigten) vollwirksam werden, bzw. wenn die Zustimmung im voraus erteilt war (Einwilligung), sofort vollwirksam sein. (185) [3].

Mißlungen ist ferner Simon der Nachweis, daß die von ihm angenommene Verfügungsbeschränkung, welche die Einigung zur Rechtsfolge habe, rechtsgeschäftliche Rechtsfolge sei. Ich kann mich hier kurz fassen, da ich bereits früher an anderer Stelle auf diesen Fehler hingewiesen habe. Simon hat folgende Ansicht. Er sagt anknüpfend an die Rechtsgeschäftsdefinition der

[1] auch dann, wenn C. von der vorhergehenden Einigung zwischen A. und B. Kenntnis hatte.
[2] cf. Sohm, Gegenstand. S. 38 Schluß von § 6.
[3] cf. Sohm, Gegenstand. S. 13.

Motive[1]: „Wer eine Einigung abschließt, will deren Wirksamkeit, will einen Zustand derart, daß, wenn Eintragung resp. Uebergabe erfolgt, die Rechtsänderung vollendet werden muß, d. h. er will auch die Unwiderruflichkeit der Bindung. Bindung bedeutet für den Passivbeteiligten Verfügungsbeschränkung. Wer also die Bindung will und wer es richtig deuten kann, was diese Bindung ist, der will auch die Verfügungsbeschränkung; aber auch unmittelbar aus dem Wollen der Rechtsänderung ist dies zu ersehen. Die sich über die Rechtsänderung einigenden individuellen Parteien wissen, indem sie die Rechtsänderung wollen, entweder von der Eintragung resp. Uebergabe als dem zweiten Erfordernis der Rechtsänderung oder sie wissen nichts davon. Ist das erstere der Fall, so wollen sie, daß Eintragung resp. Uebergabe erfolgen und damit die Rechtsänderung vollendet sein soll. Das schließt aber logischerweise den Willen in sich, daß alles unwirksam sein soll, was dieses Resultat — nämlich die Vollendung der Rechtsänderung durch hinzukommende Eintragung oder Uebergabe — vereiteln würde, d. h. vor allem jede entgegenstehende weitere Verfügung. Wenn die Parteien aber von der Eintragung nichts wissen, so wollen sie einfach die Rechtsänderung und damit die Unwirksamkeit von allem, was deren Eintritt verhindern würde. Mit anderen Worten: Stets ist die Verfügungsbeschränkung des Passivbeteiligten, diese seine Bindung, gewollt. Sie tritt in der Regel ein, weil sie in der Einigung gewollt ist, und sie tritt ausnahmsweise (wenn nicht die in § 873 Abs. 2 BGB. vorgeschriebenen Formen beobachtet sind) nicht ein, obwohl sie gewollt ist. Also ist sie rechtsgeschäftlicher Natur."

Gegen die Logik Simons läßt sich nichts einwenden und trotzdem sind seine Ausführungen unzutreffend. Simon übersieht ganz, daß die Gebundenheit auch unbeabsichtigt eintreten würde. Das Wollen der Bindung spielt gar keine Rolle. Der Satz Zitelmanns[2] läßt sich gegen Simon anwenden: „Die Interims- und Nebenwirkungen einer Willenserklärung, sowie die Wirkungen, die anstatt der beabsichtigten eintreten, sind für die Qualifikation einer Willenserklärung als eines Rechtsgeschäfts gleichgültig." Der Umstand also, daß die Einigung ev. eine Gebundenheit zur Folge hat, genügt noch nicht, um sie als Rechtsgeschäft zu charakterisieren, selbst da nicht, wo die Bindung ausdrücklich gewollt ist.

Weiterhin behauptet Simon[3], nachdem er nachgewiesen zu haben glaubt, daß die Verfügungsbeschränkung, die die Einigung s. E. wirke, eine rechtsgeschäftliche sei; wenngleich sie eine rechtsgeschäftliche sei, sei sie doch keine solche, wie sie in § 137

[1] cf. Simon, a. a. O. S. 35—38.
[2] cf. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 301.
[3] cf. Simon, a. a. O. S. 38—41.

BGB. für unwirksam erklärt werde, da gegenüber dieser Bestimmung die Vorschrift in § 873 Abs. 2 BGB. als lex specialis anzusehen sei.

Auch wenn wir uns sonst mit Simon einverstanden erklären könnten, so müßten wir ihm hierin widersprechen.

Simon sagt: Der in § 137 BGB. ausgesprochene Grundsatz, daß Verfügungsbeschränkungen mit dinglicher Wirkung nicht durch Rechtsgeschäft begründet werden könnten, sei mehrfach durchbrochen. Ganz zweifellos sei eine solche hierhergehörige Spezialbestimmung die Vorschrift des § 399 BGB., wonach eine Forderung dann nicht abgetreten werden könne, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen sei. Eine weitere lex specialis gegenüber § 137 bedeuten auch die §§ 2113/15 (Verfügungsbeschränkungen der Vorerben) und sicher auch die Vorschrift des § 2211 Abs. 1 (Verfügungsbeschränkung des Erben durch Bestellung eines Testamentsvollstreckers). Denn die Anordnung einer Nacherbschaft durch den Erblasser sei natürlich Rechtsgeschäft. Noch deutlicher sei bei der Anordnung eines Testamentsvollstreckers durch letztwillige Verfügung, daß die Verfügungsbeschränkung, welche der Erbe durch dieselbe erleide, auf dem rechtsgeschäftlichen Willen des Erblassers beruhe. Ferner gehöre zweifellos die Bindung durch bedingte Verfügung hierher, wie sie § 161 BGB. normiere. Schließlich ist auch bei Simon noch Neigung vorhanden, die Vormerkung diesen seiner Ansicht nach rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen anzureihen.

Wir wollen vorläufig unsere Ansicht über die Fälle des § 399 BGB. noch zurückhalten und uns zunächst mit den übrigen Fällen beschäftigen, in welchen nach Simon das BGB. eine dinglich wirkende rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung durch ausdrückliche Gesetzesnorm anerkannt und mithin eine lex specialis gegenüber § 137 aufgestellt haben soll. Liegt hier überall wirklich eine Durchbrechung des in § 137 aufgestellten Prinzips vor? So zweifellos, wie Simon glaubt, dürfte diese Frage doch nicht zu beantworten sein, um deren Klärung sich in hohem Grade Reichel mit seinem glänzend geschriebenen und dankenswerten Aufsatz „Das letztwillige Veräußerungsverbot im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch“[1]) und Schott mit seinem der Reichelschen Arbeit ebenbürtig zur Seite stehenden Beitrag zur Festgabe für Felix Dahn „Ueber Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen im bürgerlichen Recht“[2]) verdient gemacht haben.

---

[1]) Abgedruckt im Sächs. Archiv Bd. 12 S. 176 ff.
[2]) Festgabe für Felix Dahn, Breslau 1905 S. 305 ff.

§ 137 lautet:

Satz 1: Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Satz 2: Die Wirksamkeit einer Verpflichtung über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt.

Er besagt: Das rechtsgeschäftliche Verfügungsverbot hat im Gegensatz zu den gesetzlichen und richterlichen Verfügungsverboten der §§ 135, 136 keine dingliche Wirkung. Dem Berechtigten bleibt nur der obligatorische Ersatzanspruch gegen seinen Verpflichteten.

Simon behauptet nun, daß durch die §§ 2113 ff. die in § 137 als zwingendes Recht statuierte Verfügungsfreiheit beschränkt werde; denn diese Paragraphen enthielten rechtsgeschäftliche, gesetzlich autorisierte Verfügungsverbote. M. E. enthalten die §§ 2113 ff., wie Reichel zutreffend ausführt[1]), aber gesetzliche Verfügungsverbote. Der Erblasser kann von dem Verfügungsverbot zwar befreien, aber er kann das gesetzliche Verbot mit dinglicher Wirkung nicht erweitern[2]). Die Erweiterung würde ohne dingliche Wirkung sein. Nur insofern und insoweit der Erblasser in solchem Falle mehr verlangt, als das Gesetz fordert, könnte man von einem letztwilligen Verfügungsverbot reden und dasselbe würde nach § 137 BGB. unwirksam sein. Der Erblasser kann immer nur wollen, was der Gesetzgeber will. Er muß sich mit seinen Bestimmungen in dem gesetzlichen Rahmen des Institutes der Nacherbschaft halten[3]). Was in den §§ 2113/15 BGB. einer Verfügung entgegensteht, ist nicht das Verbot des Erblassers, sondern das Recht des Nacherben. Das Verfügungsverbot des Erblassers hat sonach im Bürgerlichen Gesetzbuch nur die Bedeutung einer Untersagung einer schon kraft Gesetzes unrechtmäßigen Handlung, ja, genauer besehen, nicht einmal diese. Denn durch Einwilligung des Nacherben wird die dem gesetzlichen Veräußerungsverbote zuwider vorgenommene Verfügung gültig (135 BGB.). Der Erblasser kann daher streng genommen dem Vorerben die Verfügung gar nicht verbieten[4]). Der Ansicht Simons dürfte deshalb wohl nicht beizupflichten sein.

---

[1]) cf. Reichel, Sächs. Archiv Bd. 12 S. 180 ff., insbesondere S. 184. Nach § 2112 BGB. enthalten sie übrigens nur beschränkte gesetzliche Verfügungsverbote.

[2]) cf. Reichel, Das letztwillige Veräußerungsverbot, Sächs. Archiv Bd. 12 S. 184.

[3]) cf. Schott, „Ueber Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen", Festgabe für Felix Dahn, S. 333 ff., insbesondere S. 335—337.

[4]) Auf demselben Standpunkte, wie wir, scheint übrigens auch Strohal zu stehen. Denn derselbe spricht sich auf S. 180 seines „Erbrechts" I (3. Auflage) in § 28 unter I_3 wie folgt aus: Eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorerben hinsichtlich der zur Erbschaft ge-

Etwas anderes ist die Sachlage in den Fällen, wo der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernannt hat (§ 2211 BGB.). Ich gebe zu, daß hier der Simonsche Standpunkt, die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers enthalte ein rechtsgeschäftliches, gesetzlich autorisiertes Verfügungsverbot für den Erben, eine gewisse Berechtigung hat. Zweifelhaft aber bleibt auch in diesem Falle die Natur einer solchen Verfügungsbeschränkung als einer rechtsgeschäftlichen. M. E. spricht ebensoviel für die Annahme einer gesetzlichen Verfügungsbeschränkung, gegen welche Auffassung sich allerdings auch Reichel [1]) ausspricht. Wir geben Reichel

hörenden Gegenstände tritt von Rechts wegen in folgenden Fällen ein: a) § 2113 Abs. 1, b) § 2113 Abs. 2, c) § 2114, d) § 2115. — Ebenfalls als gesetzliche Verfügungsbeschränkung faßt Biermann die Beschränkung des Vorerben in der Verfügung auf. Biermann stimmt auch im nächsten Punkt mit uns überein (§ 2211). cf. Kommentar z. BGB. Das Sachenrecht von Joh. Biermann, Berlin 1898, zu § 893, S. 42.

[1]) cf. Reichel, Sächs. Archiv Bd. 12 S. 180, ferner dessen Auslassungen hierzu in seiner Arbeit „Die Vormerkung im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch", in Iherings Jahrbüchern Bd. 46 (2. Folge Bd. 10) Seite 156 unter II_6. — Bei seinem Versuche, die auf Grund einer Bewilligung des Betroffenen eingetragene Vormerkung als rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung zu deuten, spricht sich Reichel an der zuletzt zitierten Stelle folgendermaßen aus: „In der Literatur scheint man freilich gemeinhin die Möglichkeit solcher Durchbrechung der lex generalis in § 137 BGB. zu leugnen und in diesem wie in anderen gleichgearteten Fällen (Vorkaufsrecht, Einsetzung eines Testamentsvollstreckers) vielmehr Anwendungsfälle des § 135 BGB. (relatives gesetzliches Veräußerungsverbot) erblicken oder mit der Fiktion einer dinglichen Belastung (so im Falle von § 1010 Abs. 1) aushelfen zu sollen." Ich halte die Bekämpfung der insbesondere von Klumpp (Grundbuchrecht, S. 118) vertretenen Ansicht nicht für glücklich. Unzweifelhaft Unrecht dürfte Reichel (S. 92—94) mit seiner Behauptung haben, daß das Vorkaufsrecht eine auf Rechtsgeschäft beruhende Verfügungsbeschränkung sei. Das BGB. kennt ein obligatorisches und ein dingliches Vorkaufsrecht. Unter Vorkaufsrecht versteht es das Eintrittsrecht für den Fall, daß der Gegenstand verkauft wird, in dem vom Eigentümer des Gegenstandes mit einem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrag. Es wird ausgeübt durch Erklärung gegenüber dem Vorkaufsverpflichteten. Das Vorkaufsrecht des 3. Buches hat das des 2. Buches zur Voraussetzung. Letzteres ist seinem Wesen nach ein Bestimmungs- oder Gestaltungsrecht (cf. Sohm, Gegenstand, S. 11 Anm. 8) mit schuldrechtlicher Wirkung, d. h. der Vorkaufsverpflichtete ist nur kaufmäßig zur Verschaffung der Sache verpflichtet. Der Dritte, an den verkauft war, ist nicht verpflichtet. Bei Veräußerung an den Dritten bleibt das Eigentum unberührt. Die Vorkaufsverpflichtung mindert die Verfügungsgewalt des Vorkaufsverpflichteten nicht. Dieses Vorkaufsrecht belastet also das Eigentum des Verpflichteten nicht. Es hat keine dingliche Wirkung. Es ist kein Gegenstand. (cf. Sohm, Archiv für bürg. Recht, Bd. 28 S. 200/201.) Die Ausübung dieses Vorkaufsrechts ist ein Verfügungsgeschäft im weiteren Sinne, sog. verfügendes Gestaltungsgeschäft, auf das die Rechtssätze über derartige Geschäfte Anwendung finden. (cf. Sohm, Gegenstand, S. 11—14 Anm. 12 u. 14.) Das Vorkaufsrecht des 3. Buches dagegen ist ein Bestimmungsrecht von nicht bloß obligatorischer, sondern von dinglicher Wirkung. Die Erklärung desselben verpflichtet nicht bloß den Vorkaufsverpflichteten, sondern es

insofern recht, als auch wir nicht bestreiten, daß die Einsetzung des Testamentsvollstreckers auf Grund letztwilliger Anordnung, also kraft Rechtsgeschäfts, erfolgt. Trotzdem glauben wir hiermit noch nicht zugeben zu müssen, daß nun auch die gemäß § 2211 BGB. eintretende Verfügungsbeschränkung des Erben eine rechtsgeschäftliche ist. Die Verfügungsbeschränkung des Erben ist eine Folge des Rechts des Testamentsvollstreckers. Gerade soweit, wie dessen Machtbefugnisse reichen, fehlt dem Erben die Verfügungsgewalt[1]). Der Testamentsvollstrecker aber hat diese Machtbefugnisse kraft eigenen Rechts, nicht kraft Willens des Erblassers, wenn dieser

---

entkräftet zugleich die Veräußerung an den Dritten. Dieses Vorkaufsrecht ist Belastung, ist gegenständlicher Natur. Seine Begründung erfolgt regelmäßig durch Verfügungsgeschäft nach § 873 BGB. (Ausnahme: gesetzliches Vorkaufsrecht der Miterben). Es ist ein den Gegner einseitig bereicherndes Rechtsgeschäft. Es gibt ihm ein begrenztes dingliches Recht am Grundstück, nämlich das Recht auf Eigentumsverschaffung. (cf. Sohm, Gegenstand, S. 21 u. 76.) Vgl. auch Stintzing, „Vormerkung und öffentlicher Glaube des Grundbuchs", Sächs. Archiv Bd. 15 S. 9, der sagt: „Mit Unrecht operiert Strohal mit dem Vorkaufsrecht. Dieses Recht wirkt Dritten gegenüber wie eine Vormerkung auf Uebertragung des Eigentums (§ 1098 Abs. 2). Aber es ist deswegen eine Belastung des Grundstücks, weil dem Vorkaufsberechtigten gegebenenfalls der Eigentumserwerb gesichert ist, nicht kraft eines bestehenden Anspruchs, sondern kraft der Einigung (und Eintragung). Und hieran knüpft die Fiktion des § 892 an. — Sehr schwierig ist es, § 1010 Abs. 1 BGB. rechtlich zu beurteilen. Reichel spricht sich an anderer Stelle (Iherings Jahrb. Bd. 46 S. 77) hierüber folgendermaßen aus: „Hier (§ 1010, § 2044 BGB.) wird irreführend von Belastung gesprochen. Im Grunde handelt es sich aber um eine Verfügungsbeschränkung (cf. §§ 746, 751 BGB., 162 KO.). Die Bestimmung ist eine echte Ausnahme von dem Grundsatze des § 137." Obwohl die gleiche Ansicht auch Kretzschmar vertritt (cf. seinen Aufsatz „Das Eigentum an Grundstücken" im Sächs. Archiv Bd. 12 S. 665 ff.), so glaube ich doch nicht, daß hier eine Durchbrechung des in § 137 BGB. ausgesprochenen Prinzips vorliegt. Die Auffassung, auch hier eine Belastung, nämlich die des Bruchteils zugunsten der Teilhaber der Bruchteilsgemeinschaft, anzunehmen, erscheint mir richtiger. Denn die Vorschrift in § 137 gilt besonders für die Gemeinschaft nach Bruchteilen (die Mitberechtigung). „Die Verfügungsfreiheit ist zwingenden Rechts. Sie kann auch durch Vereinbarung der Mitberechtigten nicht ausgeschlossen, noch beschränkt werden. Niemals schließt die Mitberechtigung Verfügungsmacht über den Anteil eines anderen Mitberechtigten in sich. Soll über das volle Recht (über den gemeinsamen Gegenstand im ganzen) verfügt werden, so bedarf es einer gemeinschaftlichen Verfügung aller Mitberechtigten, d. h. einer Vielheit voneinander selbständiger Verfügungen." (Ueber § 2044 BGB. vgl. die zutreffenden Ausführungen Strohals im 2. Bd. seines Erbrechts [3. Aufl.] S. 106 ff., § 65, 2 und 3.) Im übrigen vgl. Sohm, Gegenstand, §§ 10—12, insbesondere § 11 S. 63 65, auch Anm. 4 auf S. 65; ferner Kober (von Staudingers Kommentar zum BGB., 3./4. Aufl. III. Bd.) zu § 1010, 1c S. 436/437.

[1]) cf. die Ausführungen Schultzes in seiner Arbeit „Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht", in Iherings Jahrb. 43 (2. Folge 7. Bd.) S. 66 ff., 77. Dazu allerdings die Kritik Strohals, Erbrecht, I 3. Aufl. S. 295 Anm. 8.

auch über deren Umfang nach dem ihm im Gesetz gelassenen Spielraum bestimmen kann. Sehr richtig würdigt Strohal die rechtliche Natur der Testamentsvollstreckung. Er sagt[1]: „Der Testamentsvollstrecker handelt, wenn er als solcher auftritt, nicht im fremden Namen, sondern im eigenen Namen, nicht kraft eines ihm gar nicht zukommenden Vertretungsrechts, sondern kraft eines ihm zur Erfüllung bestimmter Aufgaben gegebenen Eigenrechts zur rechts- und prozeßgestaltenden Einflußnahme auf eine ihm materiell fremde Interessen- und Rechtssphäre und mit Rechtswirkungen, die den an das Handeln eines gesetzlichen Vertreters sich knüpfenden zwar hier und da verwandt sind, sich aber mit diesen durchaus nicht decken." Daß das Recht des Testamentsvollstreckers und nicht das Verfügungsverbot des Erblassers dem Verfügungsrecht der Erben entgegensteht, äußert sich auch darin, daß die Beschränkung der Erben hinsichtlich jedes einzelnen Nachlaßgegenstands, wie auch Reichel zugibt[2], durch Rechtsgeschäft zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben beseitigt werden kann. Es dürfte daher nicht falsch sein, die Verfügungsbeschränkung des Erben nach § 2211 BGB. den relativ wirksamen Veräußerungsverboten im Sinne der §§ 135 und 136 BGB. einzureihen, wie dies Riezler[3] tut. Man muß hierbei natürlich im Auge behalten, daß wegen des eigenartigen Zweckes der Vorschrift des § 2211 auch diese Paragraphen nicht schlechtweg als maßgebend betrachtet werden dürfen[4].

Wenden wir uns nunmehr der Simonschen Auffassung über § 161 BGB. zu. Simon behandelt die Fälle der aufschiebenden und auflösenden Bedingung gleich und führt aus[5]: „In beiden Fällen ist von den Parteien eine — einmal durch den Eintritt der aufschiebenden, das andere Mal durch den Eintritt der auflösenden Bedingung — aufschiebend bedingte Verfügungsbeschränkung gewollt, wobei die Besonderheit besteht, daß die Bedingung im Falle ihres Eintritts rückwirkende Kraft hat. In beiden Fällen gibt das Gesetz in § 161 BGB. diesem rechtsgeschäftlichen Willen Folge und schafft somit eine rechtsgeschäftliche, aufschiebend bedingte Verfügungsbeschränkung mit rückwirkender Kraft der Bedingung, noch dazu absoluter Natur, abermals unter Durchbrechung des Grundsatzes von § 137 BGB." Seine Ansicht hält Simon für zweifellos richtig. Ich glaube aber nicht, daß

[1]) cf. Strohal, Erbrecht, I 3. Aufl. S. 275 ff. § 40a, insbesondere I, IV (S. 285 ff.) § 40b S. 292, insbesondere S. 295.

[2]) cf. Reichel, Das letztwillige Veräußerungsverbot. Sächs. Arch. Bd. 12 S. 195.

[3]) cf. Riezler, v. Staudingers Kommentar z. BGB., 1907 Bd. I S. 440 zu § 135 unter 9; Kober, ebenda, Bd. III zu § 892 unter 2c, 8 S. 167.

[4]) cf. Strohal, Erbrecht, I 3. Aufl. S. 285 ff., IV und Anm. 40 zu § 40a. So findet § 13 KO. keine Anwendung.

[5]) cf. Simon, Einigung, a. a. O. S. 42.

wir uns ihr anschließen dürfen. Schon die gleiche Behandlung der beiden Fälle, der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung, erscheint mir unrichtig[1]). Wer über eine Sache unter einer aufschiebenden Bedingung verfügt, behält zwar noch bis zum Eintritt der Bedingung Eigentum. Sein Eigentumsrecht an der Sache hat sich aber geändert. Es ist insofern gemindert, als es zum Abfall veranlagt ist. Die Verfügungsfreiheit wird aber deswegen dem aufschiebend bedingt verfügenden Eigentümer nicht beschränkt. Er kann trotzdem an einen Dritten verfügen, aber natürlich nur das ihm verbliebene, zum Abfall veranlagte und zum Anfall an den aufschiebend bedingt Erwerbenden bestimmte Recht. Tritt die Bedingung ein, so erfolgt Abfall des Rechts des Zwischenberechtigten und Anfall des Vollrechts an denjenigen, an dem bedingt verfügt worden war. Solange die Bedingung noch schwebte, befand sich der Zwischenberechtigte in ganz der gleichen Rechtslage, wie der bedingt Verfügende vor Eintritt der Bedingung. Der bedingt Erwerbende hatte schon vor Eintritt der Bedingung eine Rechtsanwartschaft, die sich bei Eintritt der Bedingung zum Vollrecht auswächst. Darum erwirbt er auch das Recht, frei von etwaigen Zwischenverfügungen. Etwas anders ist die Sachlage im Falle einer auflösenden Bedingung. Hier überträgt der unter einer auflösenden Bedingung Verfügende die Sache dem Erwerber unter einer Bedingung. Der Erwerber wird zwar Eigentümer der Sache, aber nicht zu vollem Recht. Sein Eigentum ist, wie das des Zwischenberechtigten im obigen Falle während des Schwebens der Bedingung, zum Abfall veranlagt. Tritt die Bedingung ein, so tritt Abfall seines Rechts und Rückfall an den auflösend bedingt Verfügenden kraft Rechtssatzes ein. Der unter einer auflösenden Bedingung Erwerbende kann während der Schwebezeit der Bedingung aber natürlich auch verfügen, nämlich über das zum Abfall veranlagte Recht. Der Dritte, der von ihm dieses Recht erwirbt, verliert dasselbe bei Eintritt der Bedingung. Lediglich für den Fall einer auflösenden Bedingung wird eigentlich nur die von Simon angeschnittene Frage praktisch. Hier können nämlich, wie Schotts Untersuchung erhellt[2]), die Parteien versuchen, den nach § 137 BGB. verbotenen Zweck privater dinglicher Verfügungsbeschränkung im Wege der auflösenden Bedingung zu erreichen. Denn ihr steht nach §§ 158 Abs. 2 und 161 Abs. 2 dingliche Wirkung gegen Dritte zu und, wenn die Parteien die Bedingung setzen würden:

[1]) cf. hierzu die Ausführungen Sohms in seinem Gegenstand S. 43—45, 1 u. 2 zu § 8 und S. 57/58 Schluß von § 9; ferner Strohal, „Grenzen der Urteilsrechtskraft bei betagter und bedingter Berechtigung", in der Festgabe für Degenkolb: Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht. S. 137 ff., A. VI S. 153, insbes. S. 158, A. VII S. 159 ff., B. S. 164—166; manchmal von Sohm abweichend. cf. Sohm, Gegenstand. S. 45, 3.

[2]) cf. Schott, a. a. O. Festgabe für Felix Dahn, S. 306.

„Wenn der Verpflichtete weiter veräußert, so soll das Eigentum zurückfallen", so wäre auf diesem Umwege ihr Ziel doch erreicht. Es erhebt sich somit die Frage, wie der § 137 BGB. sich zu einer solchen Resolutivbedingung verhält, ob er ihre Satzung zuläßt oder sie ausschließt. Schott ist der Ansicht, daß durch § 137 S. 1 BGB., durch den einem rechtsgeschäftlichen Verfügungsverbot die dingliche Wirkung abgesprochen wird, die rechtsgeschäftliche Satzung der Resolutivbedingung des Rückfalls bei verbotener Weiterveräußerung unmöglich gemacht wird, daß also die Einkleidung des Verfügungsverbotes in die Form der Resolutivbedingung unzulässig sei. Nach seiner Ansicht spricht hierfür die Stellung der in Betracht kommenden Vorschriften, der §§ 137 und 158, 161 im System. Der § 137 stehe zwischen den schroffsten zwingenden Gesetzen der §§ 134 und 138. Da müsse die Bedingung ohne weiteres nachstehen[1]). Hierauf tritt Schott in eine Einzelprüfung ein und gliedert die möglichen Fälle für die Betrachtung in folgende drei Gruppen[2]):

1. Gemeinrechtlich gesprochen: Satzung eines nudum praeceptum ohne tertius cuius respectu, d. h.: Unter Lebenden oder von Todes wegen wird bestimmt, daß der Eigentümer nicht berechtigt sein soll zur Verfügung und daß somit „im Fall der Veräußerung" diese Veräußerung nichtig sein soll, ohne daß aber eine andere Person bestimmt wird, der die Sache etwa nun zufallen solle, so daß sie somit immer wieder auf den gegen das Verbot handelnden Eigentümer selbst zurückfallen würde.

2. Unter Lebenden wird bestimmt, daß „im Fall der Veräußerung" das Eigentum von dem verbotswidrig Handelnden auf den anderen Vertragsteil oder auf einen Dritten übergehen soll.

3. Von Todes wegen wird bestimmt, daß „im Fall der Veräußerung" das Eigentum an einem Dritten gelangen oder unter die Verfügung eines Testamentsvollstreckers fallen soll.

Im Anschluß an die Gruppe unter 1 führt Schott aus, daß hier das Veräußerungsverbot in eine echte Bedingung gar nicht eingekleidet werden könne, weil zu deren Wesen gehöre, daß bei ihrer Erfüllung die Wirkung des Hauptgeschäfts endige, während ja hier der Eigentümer ruhig weiter Eigentümer bleiben, also die Wirkung des Hauptgeschäfts fortdauern solle[3]).

Zu den Fällen unter 2 bemerkt Schott[4]), daß im Verkehr Veräußerungsverbot und Resolutivbedingung sich nicht scharf voneinander scheiden ließen. Da der wirkliche Wille nach § 133 zu erforschen sei, so würde in vielen Fällen namentlich in Berücksichtigung von § 140 die Bedingtheit der Uebertragung

[1]) cf. Schott, a. a. O. Festgabe für Felix Dahn, S. 317, 321.
[2]) cf. Schott, a. a. O. Festgabe für Felix Dahn, S. 321.
[3]) cf. Schott, a. a. O. Festgabe für Felix Dahn, Kap. IV S. 322—324.
[4]) cf. Schott, a. a. O. Festgabe für Felix Dahn, Kap. V S. 324—333.

als im Parteiwillen liegend anzunehmen und bei Zulassung der Resolutivbedingung der § 137 pro nihilo geschrieben sein. Die Bestimmung des § 137 wolle aber verhüten, daß jemand Vermögensstücke und so schließlich sein ganzes Vermögen außer Verkehr setzen und damit den Zugriffen seiner Gläubiger entziehen könne. Denn worüber der Schuldner selbst rechtsgeschäftlich nicht verfügen könnte, darüber könnten seine Gläubiger auch nicht zwangsweise verfügen. Das sei der Hauptgrund gegen die Zulässigkeit einer solchen Resolutivbedingung, denn dann würde ja genau der Tatbestand geschaffen, dem § 137 die Rechtswirksamkeit versagen wolle. Nach § 161 sei die Zwangsvollstreckung an sich zulässig und erst später bei Eintritt der Bedingung werde die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Verfügung unwirksam. Folglich biete der vermögenswerte Gebrauch und Genuß der Zwischenzeit das Objekt, das dem Gläubiger zur Befriedigung diene. Dieses Sicherungsmittel aber entfalle natürlich, wenn schon der Fall der Weiterveräußerung oder der ihr nach § 161 stets gleichstehenden Zwangsvollstreckung den Eintritt der Bedingung bilde. Dann sei die Vollstreckung von Anfang an unwirksam und unzulässig, und die Sache oder das ganze Vermögen dem Zugriffe der Gläubiger vollkommen entzogen. Und es sei ihnen hier nicht einmal, wie bei den gesetzlichen und richterlichen Veräußerungsverboten, die Möglichkeit gegeben, auf dem Umwege des Konkurses gemäß § 13 KO. an das Vermögen des Schuldners heranzukommen. Daß aber das Gesetz durchaus verhüten wolle, daß Vermögensstücke der Zwangsvollstreckung entzogen würden, ersehe man daraus, wie es die Veräußerungsverbote bei Forderungen regle. Bekanntlich lasse es dort nach § 399 BGB. solche Veräußerungs-, d. h. Zessionsverbote, zu, wenn auch nur bei einem Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner der Forderung. Folglich würden solche Forderungen nach § 851 Abs. 1 CPO. nicht pfändbar sein. Deshalb verhindere sogleich der Abs. 2 dieses § 851 CPO. einen derartigen Ausschluß der Zwangsvollstreckung. Eine gegen § 137 verstoßende Bedingung sei ein Widerspruch gegen diesen § 137, daher ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstoße und somit nach § 134 nichtig.

In den Fällen unter 3[1]) werde man nach Ansicht Schotts gewöhnlich gemäß dem § 2087 in Verbindung mit §§ 2109, 2162 und 2163 Nacherbschaft oder Vermächtnis des Dritten anzunehmen haben. Aus der allgemeinen Zulässigkeit der Anordnung bedingter Nacherbschaften folge aber natürlich die Zulässigkeit von dem § 137 zuwiderlaufenden Bedingungen ebensowenig, wie dies bei Geschäften unter Lebenden der Fall wäre. Die

[1]) cf. Schott, a. a. O. Festgabe für Felix Dahn, Kap. VI S. 333—341.

Fälle seien vielmehr im einzelnen zu prüfen und hierbei zu erwägen, ob der Erblasser für bewegliche Sachen und Forderungen bestimmen könne, daß sie im Falle der Veräußerung an den Dritten fallen sollen. Eine solche Resolutivbedingung sei aber auch hier unzulässig. Denn das wäre Einsetzen zum Vorerben unter gleichzeitiger Wegnahme der vom Gesetz dem Vorerben gelassenen Befugnisse, über Mobilien und Forderungen zu verfügen. Eine solche Vorerbschaft kenne das Gesetz aber nicht. Die Rechte des Vorerben und seiner Gläubiger an dem einzelnen betroffenen Stück könne der Erblasser nicht ändern, wohl aber könne er als Folge des Eintritts einer solchen Veräußerung den Verlust des Rechtes des Vorerben an dem übrigen Nachlaß setzen. Insoweit müsse sich der Vorerbe die Resolutivbedingung des Erblassers, gerade so wie jede andere beliebige Bedingung, gefallen lassen. Die Sache bleibe dann verkauft, aber sein Recht an dem übrigen Nachlaß habe der Vorerbe verloren. Abweichungen von den entwickelten Grundsätzen bestünden nicht, wenn der Erblasser für den Fall der Verfügung den Uebergang der Verwaltung und Verfügung an einen Testamentsvollstrecker angeordnet habe. Die Verfügungen bleiben hinsichtlich der einzelnen betroffenen Stücke gültig, aber das nicht betroffene Vermögen falle nunmehr unter die Macht des Testamentsvollstreckers.

Hiernach dürfte die Ansicht Simons nicht mehr als unzweifelhaft richtig gelten, auch dann nicht, wenn wir dem Zweifel Riezlers[1] gegen die Schottsche Auffassung Beachtung schenken. Riezler ist es zweifelhaft, ob man berechtigt ist, in dem von Schott hervorgehobenen Gesichtspunkt der Gefahr der Gläubigerbenachteiligung bei Zulassung der dinglich wirkenden Resolutivbedingung des Rückfalles im Falle der Verfügung eine genügende Rechtfertigung der Vorschrift des § 137 zu erblicken. „Die Klausel des Verfügungs- bez. Pfändungsverbots in dem Vertrag, durch den der Schuldner Vermögensstücke erwirbt", sagt Riezler[2], „wird bei richtiger Auslegung sich sehr häufig als Scheinklausel herausstellen, die der pfändende Gläubiger nach § 117 als nichtig betrachten darf. Davon abgesehen, würde über einen solchen in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung geschlossenen Vertrag regelmäßig das Damoklesschwert der Anfechtung nach dem Reichsgesetz vom 21. VII. 79 schweben. Das Verfahren des Schuldners, das der § 137 angeblich verhüten will, wäre auch ohne § 137 ein unpraktisches Handeln in fraudem creditorum. Daß es von den sonst so findigen Schuldnern auch gar nicht des Versuches wert gehalten wird, zeigt der Mangel an gericht-

[1] cf. Kritik der Schottschen Abhandlung durch Riezler, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Folge Bd. XII (der ganzen Folge Bd. 58) S. 65 ff.

[2] cf. S. 69/70, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Folge Bd. XII (der ganzen Folge Bd. 58).

lichen Entscheidungen. Der wahre Grund, der den § 137 rechtfertigt, scheint mir vielmehr ein juristisch technischer zu sein. Könnten die Parteien die Veräußerungsbefugnis über ein Recht mit dinglicher Kraft verhindern, so hätten wir es mit Rechten zu tun, die zugleich objektiv veräußerlich und subjektiv unveräußerlich sind; wir ständen dann vor dem Mißgebilde der vom BGB. grundsätzlich nicht anerkannten relativ dinglichen Rechte. Erblickt man in diesem konstruktiven Gesichtspunkt die eigentliche ratio des § 137, dann liegt in der Resolutivbedingung des Rückfalles für den Fall der weiteren Verfügung kein Zuwiderhandeln gegen den wahren Sinn jener Gesetzesbestimmung, also kein echtes agere in fraudem legis; denn das verpönte relativ dingliche Recht, dem § 137 gilt, bleibt dabei vermieden.“ Ob Riezlers Auffassung über die Zulässigkeit der Umgehung des § 137 mit Hilfe von § 161, trotzdem seine Kritik gegen Schott in gewisser Hinsicht zutreffend ist, den Vorzug vor der Schotts verdient, erscheint mir fraglich, da ich nicht einzusehen vermag, weshalb in der Setzung einer derartigen Bedingung kein echtes agere in fraudem legis vorliegen soll. Eine Unterstützung hat neuerlich die Ansicht Schotts durch die Entscheidung des Kammergerichts vom 7. XI. 07 erfahren (vgl. ZBlFG. 8. Jahrg. Heft 21 S. 731/732).

Wenn auch Simon die Vormerkung nicht als Beispiel einer vom Gesetz anerkannten rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkung aufführt, so geht doch aus der Berührung der Vormerkung in diesem Zusammenhange hervor, daß dies seine persönliche Ansicht ist (vgl. hierzu seine Schlußbemerkung zu Kapitel VII S. 82). Damit würde aber Simon fehl gehen. Der Raum verbietet es, auf die schwierige, aber interessante Frage über das Wesen der Vormerkung einzugehen. Einige kurze Bemerkungen über den m. E. richtigen Standpunkt erscheinen mir jedoch am Platze. Eine Förderung hat die Untersuchung über das Wesen der Vormerkung in letzter Zeit durch die tüchtige Arbeit Wunderlichs über das Wesen der Eintragungsbewilligung erfahren. Diese Arbeit, die wohl durch die sich aus den Untersuchungen Schildes, Strohals, Kretzschmars und Stintzings über das Wesen der Vormerkung[1]) ergebenden Divergenzen mitangeregt worden ist, zeichnet den Unterschied von materiell- und prozeßrechtlichen Bestandteilen im Sachenrecht wohl bisher in

[1]) cf. Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs nach neuem deutschen Reichsrecht, Leipzig 1893; Strohal, Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten? Dekanatsprogramm 1904; Kretzschmar, Die allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken, unter besonderer Berücksichtigung der Vorschriften der GBO. usw., im Sächs. Archiv Bd. 11 S. 1—71, 145—206; Stintzing, Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugute?, im „Recht“ 1904 S. 321—324 und „Vormerkung und öffentlicher Glaube des Grundbuchs“, im Sächs. Archiv Bd. 15 S. 1—15.

der Literatur am schärfsten und ich halte die aus der Kritik Landauers[1] ersichtliche Lösung gegenüber der Wunderlichschen scharfumrissenen Auffassung eher für einen Rück- als einen Fortschritt. Jedenfalls dürfte mit Landauers Ansicht nichts Besseres eingetauscht werden. Wunderlich[2] weist nach, daß die Eintragungsbewilligung eine Erklärung des Grundbuchverfahrens ist und gar nicht dem Sachenrechte angehört, also auch keine privatrechtsgeschäftliche Erklärung ist. Die Bewilligung ist nach ihm privatrechtlich unmaßgeblich und nur verfahrensrechtlich erheblich. „Die Bewilligung ist unfähig, eine Aenderung in den Sachenrechten am Grundstücke herbeizuführen. Die Bewilligung einer Vormerkung kann deshalb ebensowenig wie die Bewilligung einer Hypothek als rechtsgeschäftlicher Kreationsakt eines Sachenrechts betrachtet werden. Wie erklärt man aber sonst das Entstehen des Sachenrechts: Kann etwa der Grundbuchrichter mit seinem Eintrag Sachenrechte schaffen? Davon kann doch keine Rede sein! Die Grundbuchbehörde hat Macht über das Buch, nicht über das Recht! Die dinglichen Wirkungen der Vormerkung nach § 883 BGB. treten ein mit der Eintragung als solcher; auch die unter Verstoß gegen § 19 GBO. oder § 885 BGB. bewirkte Eintragung ist in dem von § 883 BGB. geregelten Umfange wirksam, sofern nur ein vormerkungsfähiger Anspruch existiert. Es folgt aus alledem, daß die Vormerkung ein Sachenrecht nicht ist. Sie ist ein bloßer Bucheintrag, der sich seinem Inhalte nach auf Sachenrechtsverhältnisse am Grundstücke bezieht und der vom materiellen Recht mit gewissen, sonst nur bestehenden Sachenrechten zukommenden, dinglichen Wirkungen ausgestattet ist. Und weil die Vormerkung kein Sachenrecht ist, deshalb gehört sie nicht zu den durch §§ 891, 892 BGB. geschützten Rechten, und weil die Bewilligung der Vormerkung keine Verfügung ist, deshalb kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch nach § 893 BGB. nicht zugute[3].“ Dieser kurze Auszug aus der Wunderlichschen Arbeit muß genügen, unseren Standpunkt in dieser Frage anzudeuten. Wir sind weit davon entfernt, in der Vormerkung eine privatrechtsgeschäftliche Verfügung zu erblicken, wenn schon auch wir die Wirkung einer Vormerkung als Verfügungsbeschränkung des Verpflichteten zu

---

[1] cf. Landauer, „Zur Lehre von der Eintragungsbewilligung und der Berichtigung des Grundbuchs“, im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit herausgegeben von Adolf Lobe, Lieferung vom 25. V. 08 S. 743 ff., insbes. S. 757 ff. Der Begriff der Verfügung verschwimmt bei Landauer völlig.

[2] cf. Wunderlich, Eintragungsbewilligung, Leipzig 1907, § 12, 3 S. 78 ff., ferner § 14, 3 S. 85 ff.

[3] Gegen Strohal, Dekanatsprogramm 1904, S. 15/16, 18, und Reichel, Iherings Jahrb. Bd. 49 S. 154, ferner S. 56 u. 161. cf. hierzu auch Wunderlich, Eintragungsbewilligung, S. 78 Anm. 3 u. S. 87 f. Anm. 5 und die entsprechenden Ausführungen im Text S. 78/79a–d u. S. 87.

gunsten des Vorgemerkten auffassen. Eine Kollision der Vormerkung mit § 137 ist unserer Ansicht nach im Gegensatz zu der Ansicht Simons, der wohl Biermann[1] mißverstanden hat (vergl. die Anm. 1 auf S. 42 der Simonschen Arbeit), schon wegen der Verschiedenheit der Rechtsgebiete, der die Bewilligung der Vormerkung und die Verfügungsbeschränkung des § 137 angehören, ausgeschlossen. Der Schlußsatz des Aufsatzes Stintzings „Vormerkung und öffentlicher Glaube" im Sächs. Archiv Bd. 15 S. 15 trifft wohl das Richtige. Er lautet: „Die Bewilligung der Vormerkung ist keine Ausnahme von § 137, weil die Parteien nicht verfügen; vielmehr vollzieht das Grundbuchamt auf Grund der Bewilligung nur, was sonst auf Grund der einstweiligen Verfügung vollzogen wird." Daraus erhellt auch, weshalb wir uns gegen den Standpunkt Simons gegenüber der im Leipziger Dekanatsprogramm vom Jahre 1904 niedergelegten Ansicht Strohals aussprechen müssen, wenngleich auch wir die Strohalsche Ansicht ablehnen. Simon spricht sich bei dieser Gelegenheit für die Anwendung von § 185 auf die Vormerkungsbewilligung aus und lehnt infolge von Schlußfolgerungen, die sich aus der konsequenten Durchführung seiner Auffassung ergeben, die Anwendung der §§ 892 und 893 auf die Vormerkung ab[2]. § 185 BGB. kann unserer mit Sohm[3] und Wunderlich[4] übereinstimmenden Ansicht nach nur auf privatrechtsgeschäftliche Willenserklärungen, nur auf echte Verfügungsgeschäfte angewandt werden. Aus dem gleichen Grunde kann auch § 878 auf die Bewilligung der Vormerkung Anwendung nicht finden[5].

Soweit dagegen Simon den § 399 BGB. als eine Durchbrechung des in § 137 BGB. ausgesprochenen Grundsatzes anführt[6], stimmen wir mit ihm überein und geben ihm auch in seiner Polemik gegen Endemann recht. Unrichtig erscheint dagegen m. E. wieder, was Simon gegen Brütt ins Feld führt. Simon sagt[7]: „Brütt will die Durchbrechung des § 137 durch

---

[1]) Die Ausführungen Biermanns weichen nur in geringem Maße von unserer Auffassung ab. cf. Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht. Jena 1901 S. 167, 184.

[2]) Simon, Einigung im Sachenrecht. S. 63—65 Anm. 1 u. 2.

[3]) cf. Sohm, Gegenstand, S. 6, 11, 13, S. 14 Anm. 18, S. 51, auch Anm. 4 auf dieser Seite, Archiv f. bürg. Recht Bd. 28 S. 195, 201. Noch einmal der Gegenstand, Iherings Jahrb. Bd. 53 (2. F. Bd. 17) S. 389/390.

[4]) cf. Wunderlich, Eintragungsbewilligung, S. 85e u. Anm. 3 auf S. 85/86.

[5]) cf. Wunderlich, Eintragungsbewilligung, S. 87, insbesondere auch Anm. 5 auf S. 87/88; Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 182 ff., 185, 221; A. A. Reichel, Iherings Jahrb. Bd. 49 S. 154; Fuchs, Grundbuchordnung, S. 129, 133; Simon, Einigung, S. 65—82.

[6]) cf. Simon, Einigung, S. 38, 39; Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts, Bd. I 1903 S. 868 869 Anm. 12.

[7]) cf. Simon, Einigung, S. 43, 44; Brütt, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot, Berl. Diss. 1900 S. 70.

§ 399 mit der im Recht der Schuldverhältnisse im Gegensatz zum Sachenrechte herrschenden Vertragsfreiheit erklären. Dies trifft jedoch nicht zu. Denn die Ausschließung der Uebertragbarkeit der Forderung ist kein obligatorisches, sondern ein dingliches Geschäft; denn sie erzeugt keine Verpflichtung zur Unterlassung der Abtretung, sondern ergreift die Forderung unmittelbar. Daß § 399 im 2. Buche des BGB. seinen Platz hat, ändert daran nichts. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt aber nur für den obligatorischen Vertrag. § 399 BGB. verdankt seine Kraft, sich gegenüber § 137 BGB. zu behaupten, lediglich dem Zweck, die an sich streng persönliche Natur der Obligation, insbesondere für deren Erfüllung zu wahren." Die Vereinbarung des Ausschlusses der Uebertragbarkeit einer Forderung ist natürlich auch unserer Ansicht nach ein Rechtsgeschäft, aber kein Verfügungs-, sondern ein Verpflichtungsgeschäft. Sie bewirkt keine unmittelbare Rechtsänderung der Rechtslage der Forderung, sondern nur eine Aenderung des Rechts des Gläubigers. Der Inhalt einer derartigen Vereinbarung kann ein zweifacher sein. Die Vereinbarung kann nämlich einmal ein Vertrag des Gläubigers der Forderung mit dem Schuldner der Forderung rein schuldrechtlichen Inhalts sein, wonach sich ersterer letzterem gegenüber verpflichtet, seine ihm gegen jenem zustehende Forderung nicht an einen Dritten abzutreten. Eine solche Vereinbarung ist etwas gesetzlich durchaus zulässiges und besteht nach Maßgabe der überhaupt für die Begründung von Schuldverhältnissen geltenden Normen zu Recht. Ihr steht auch die Vorschrift des § 137 BGB. nicht im Wege und sie ist durch Satz 2 dieses Paragraphen sogar noch ausdrücklich als zu Recht bestehend anerkannt. Durch eine solche Vereinbarung wird nur die Person des Gläubigers, nur seine Rechtslage, betroffen, insofern als er gemäß dem Umfange der Vereinbarung Schuldner seines Schuldners wird. Eine solche rein schuldrechtliche Sicherung gibt dem Schuldner aber natürlich keine Gewähr, daß der Gläubiger trotzdem rechtsgültig die Forderung anderweit abtritt. Deshalb kann der Inhalt der Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner der Forderung auch noch ein weitergehender sein. Die Absicht der Parteien kann darum andererseits von vornherein dahin gehen, daß die Abtretung der Forderung an einen Dritten ungültig sein soll. Eine derartige Vereinbarung würde an sich, weil gegen § 137 Satz 1 verstoßend, ungültig sein, wenn nicht die Sondervorschrift von § 399 BGB. existierte. § 399 läßt ausdrücklich die Begründung eines derartigen rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbotes mit dinglicher Wirkung zu. Deshalb aber wird natürlich die juristische Natur eines solchen Vertrages nicht, wie Simon glaubt, geändert. Trotz der dinglichen Wirkung, die das Verbot zur Folge hat, bleibt die Vereinbarung eines solchen Veräußerungsverbots ein Ver-

pflichtungsgeschäft[1]. Es wird auch hier nur die Rechtslage des Gläubigers der Forderung, nicht die der Forderung geändert. Denn durch das Veräußerungsverbot wird das Wesen des Forderungsrechts als eines veräußerlichen Rechts nicht berührt. Die Forderung ist trotzdem nicht unabtretbar. Sie kann zweifellos noch abgetreten werden. „Das Veräußerungsverbot bedeutet", wie Sohm[2] treffend ausführt, „nicht die Aufhebung sondern die Anerkennung der Veräußerlichkeit des Rechts, die Bestätigung der Tatsache, daß das Recht auch in diesem vom Veräußerungsverbot betroffenen Falle seinem Wesen nach ein veräußerliches Recht darstellt. Wäre das Recht als solches unveräußerlich, so würde es des Veräußerungsverbotes nicht bedürfen. Die kraft Veräußerungsverbots unabtretbaren Forderungsrechte sind und bleiben kraft ihres Wesens abtretbar. Es besteht nur ein rechtliches Hindernis, welches die

[1]) Derselben Meinung ist Riezler, v. Staudingers Kommentar, 1907 I zu § 137 unter 3 S. 443, wo es heißt: Das Gesetz selbst hat hier den Parteien die Möglichkeit gegeben, durch eine solche individuelle Bindung des Schuldverhältnisses das Forderungsrecht zu einem unveräußerlichen zu machen und dadurch von der Regel des § 137 auszunehmen.

[2]) cf. Sohm, Noch einmal der Gegenstand, in Iherings Jahrb. Bd. 53 (2. F. Bd. 17) S. 378—380, welchem Aufsatz die obigen Ausführungen entnommen sind. Diese wertvolle Abhandlung Sohms verdanken wir den Angriffen, die Sohms Lehre in der jüngsten Zeit erfahren hat. Wie sich erwarten ließ, hat die Lehre Sohms über den Gegenstand in den letzten Jahren einen lebhaften Federkrieg heraufbeschworen. Gegen Sohm haben sich bisher Binder, Biermann, Hedemann und Klingmüller ausgesprochen. Vgl. hierzu Binder, Der Gegenstand, erschienen in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von L. Goldschmidt, Bd. 59 (neue Folge Bd. 44) 1906 S. 1—89; Biermann, Kritik der Arbeit Sohms „Der Gegenstand", im Zentralblatt für Rechtswissenschaft Bd. 25 S. 111 ff.; Hedemann, Zivilistische Rundschau, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 31 S. 322—327, und Klingmüller, Literatur: Der Gegenstand, in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut, Bd. 34 2. H. S. 486—498. Unter diesen kritischen Abhandlungen ist die von Binder die schärfste, die von Klingmüller die gemäßigste. Letzterer wendet sich eigentlich nur gegen die Auffassung Sohms, daß Sonder- und Gesamtnachfolge in den Besitz nicht stattfinden können; im übrigen rühmt er den Wert der Sohmschen Lehre, namentlich für den Begriff des Verfügungsgeschäfts. Die Arbeit Binders ist, weil schon der Name des Verfassers für deren Gründlichkeit bürgt, auch vom gegnerischen Standpunkt aus betrachtet, äußerst beachtenswert. Der erste Eindruck, den sie auf den Leser erweckt, ist ein derartiger, daß das ganze stolze Gedankengebäude Sohms in seinen Grundfesten erschüttert erscheint. Bei näherer Prüfung der Binderschen Arbeit aber zeigt sich auch für den, der die Sohmsche Entgegnung nicht kennt, daß auch sie trotz ihrer schroffen Gegnerschaft der Sohmschen Ansicht häufig Zugeständnisse macht. So wird unsere Untersuchung z. B. von der Binderschen Kritik in keiner Weise berührt. Die Antwort Sohms, die noch einmal in meisterhafter Prägnanz seinen Standpunkt entwickelt, beseitigt etwaige Zweifel an der Richtigkeit seiner auf dem Gesetz fußenden Systematik völlig.

Abtretung für diesen Fall des Forderungsrechts ausschließt. Mit dem Verschwinden des Hindernisses stellt sich ohne weiteres die Abtretungsbefugnis her. So z. B. wenn die Vereinbarung, daß nicht abgetreten werden dürfe, durch Anfechtung beseitigt wird. Das Veräußerungsverbot, das gewillkürte (gemäß § 399), wie das gesetzliche, will als solches nicht die Art des Rechts ändern; mit Aufhebung des Veräußerungsverbotes tritt ohne weiteres die dem Rechte innewohnende Abtretbarkeit ein. Wie das Eigentum als ein nach seinem Inhalt unbeschränktes Herrschaftsrecht über die Sache fortbesteht, auch wenn es im Einzelfall der mannigfachsten Beschränkung unterliegt, gerade so bewahren die veräußerlichen Rechte diese ihre Art und darum ihre Eigenschaft als Vermögensrechte, auch wenn in diesem Einzelfall die Veräußerungsbefugnis ausgeschlossen ist. Deshalb sind sie denn auch trotz Veräußerungsverbots Gegenstände im Rechtssinne: Verfügungen, die nicht in Uebertragung noch in Belastung bestehen, bleiben dennoch zulässig. Durch Erlaßvertrag, durch Annahme der Zahlung, bez. Annahme einer Leistung an Erfüllungsstatt kann auch über die nicht abtretbare Forderung verfügt werden. (Die Rechtssätze über Verfügungsgeschäfte finden Anwendung, cf. z. B. § 362 Abs. 2 BGB.) Aufrechnung und Kündigung (soweit sie zulässig sind) haben auch hier Verfügungswirkung. Auch wenn das Forderungsrecht nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden kann, bleibt es, weil seiner Art nach zu den veräußerlichen Rechten gehörig, ein Gegenstand des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs.“ Mit anderen Worten: Die Vereinbarung des Ausschlusses der Uebertragbarkeit der Forderung ist immer ein Schuldvertrag. Der Gläubiger verpflichtet sich auch in dem zuletzt besprochenen Fall durch Vertrag dem Schuldner gegenüber, die Forderung nicht abzutreten. Die dingliche Wirkung, die diese Abrede nach dem Willen der Parteien haben kann, ist an sich etwas, was infolge der Vorschrift des § 137 BGB. außerhalb der Macht der Parteien liegt. Sie ist eine Folge der Vereinbarung, die kraft der Sonderbestimmung des § 399 BGB. zwar gemäß dem Willen der Parteien, aber nicht kraft ihres Willens, sondern kraft dieser gesetzlichen Ausnahmevorschrift eintritt[1]). Die Vereinbarung der dinglichen Wirkung

[1]) Nicht verständlich ist mir, wie Binder (S. 22) in bezug auf § 399 BGB. behaupten will, daß er überflüssig sei, und zwar nicht nur in bezug auf die Fälle, wo der aus dem Wesen des Anspruchs sich ergebende Inhalt durch die Abtretung geändert würde und deshalb, weil ein personenrechtlicher Anspruch vorliege, die Abtretung ausgeschlossen sei, sondern auch in bezug auf die Fälle, wo der Inhalt des Rechtsgeschäfts der Abtretung entgegenstehe. Er meint, daß auch in den letzteren Fällen die Auslegung zu dem gleichen Ergebnis, wie es durch § 399 erreicht würde, kommen müßte. Ich halte vielmehr, wie dies auch Sohm ausspricht, den § 399 nur für die ersteren Fälle, dagegen nicht für die letzteren Fälle überflüssig. Der Inhalt des Rechtsgeschäfts muß als möglicher Ausschließungsgrund für die Abtretung der Forde-

des Veräußerungsverbotes kann auch nicht etwa als ein neben dem obligatorischen Vertrag geschlossenes Verfügungsgeschäft, als Belastung des Forderungsrechts gedacht werden. Denn der Inhalt des Forderungsrechtes bleibt auch trotz Bestehens des Verfügungsverbots ungeändert. Was geändert wird, ist lediglich die Rechtslage des Gläubigers, seine Verfügungsbefugnis. Durch die Begründung des Verbots wird, wie wir namentlich aus den klaren Worten Sohms ersehen, die Rechtslage der Forderung (die Art ihres Daseins) nicht berührt. Es tritt durch die Begründung des Verbotes keine Zuwendung zugunsten des Schuldners ein. Das Verfügungsverbot macht den Gläubiger nicht ärmer und bereichert nicht den Schuldner. Die Begründung des Verbots ist keine Ausübung eines Verfügungsrechtes. Sie kann auch darum von einem Nichtberechtigten nicht vorgenommen werden.

Einen Unterschied zwischen Verfügungsbeschränkung und Veräußerungsverbot macht Ramdohr. Seine Ausführungen sind beachtlich und instruktiv. Ramdohr sagt[1]: „Bei der Veräußerung ist der Inhalt des Geschäfts dahin bestimmt, daß als schließliches Ergebnis das Aufgeben des bisherigen Rechtes, sei es in Gestalt einer Belastung, Uebertragung oder Vernichtung, verlangt wird. Bei der Verfügung hingegen kommt es auf die Beziehung zur Sache oder zum Rechte an, der Gegenstand als solcher muß in Mitleidenschaft gezogen werden, im übrigen ist der Inhalt gleichgültig. Diesem Gegensatz entspricht die Stellung, welche Veräußerungsverbote und Verfügungsbeschränkungen zueinander einnehmen. Das Veräußerungsverbot vermag nie direkt bis zu dem fraglichen Gegenstande selbst vorzudringen, sondern muß bei der Person des Veräußerers Halt machen. Das Veräußerungsverbot ist eine rechtliche Bindung des Willens des Veräußerers. Deshalb ist es allein jener Mangel in der Dispositionsbefugnis, welcher die Schwäche der sich dagegen auflehnenden Willensäußerung ausmacht und es bewirkt, daß auch in Ansehung des dritten am Rechtsgeschäft Beteiligten das letztere als mit einem Fehler behaftet erscheint. Im Gegensatz hierzu besteht die Ver-

rung besonders genannt werden. Denn sonst würde eine derartige Vereinbarung mit dem Schuldner unter § 137 fallen und deshalb nichtig sein. Durch die Sondervorschrift des § 399 wird erst die Möglichkeit der Begründung dieses rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbots mit dinglicher Wirkung geschaffen. Ohne § 399 würde das Veräußerungsverbot höchstens eine rein obligatorische Wirkung haben. cf. hierzu Sohm, Gegenstand, S. 22, 88, Arch. f. bürg. Recht Bd. 28 S. 185 f. Anm. 9 u. S. 188 ff. Anm. 15; Iherings Jahrb. Bd. 53 S. 379 Anm. 13 u. S. 388 Anm. 22 und die entsprechenden Ausführungen im Text; ferner Hölder, Kommentar z. Allgem. Teil des BGB., zu § 137 S. 303/304 unter 1, sowie Schott, a. a. O., Festgabe für Felix Dahn, S. 308/309 u. 332/333.

[1]) cf. Ramdohr, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB., in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 44 (6. F. 4. Jahrg.) 1900, insbesondere Nr. 8 § 2 S. 324—338 u. 326.

fügungsbeschränkung in der sachlichen Gebundenheit des gewaltunterworfenen Stückes selbst. Das die Beschränkung verursachende Rechtsgebilde schreitet also an den Personen achtlos vorüber, um statt dessen unmittelbar den Gegenstand zu erfassen, und dem so geschaffenen Rechtszustande vermögen widerstreitende Maßnahmen deshalb nichts anzuhaben, weil sie die dinglichen Wirkungen nicht zu beseitigen imstande sind. Veräußerungsverbote und Verfügungsbeschränkungen stehen daher zueinander in einem ähnlichen Verhältnisse, wie obligatorische Befugnisse einerseits und dingliche Gerechtsame andrerseits. Die ersteren beiden Gegenstücke wenden sich an die Rechtssubjekte, indem sie deren Willen nach einer bestimmten Richtung hin sich untertan machen. Die anderen beiden treten in Beziehungen zu den Gegenständen, haften an diesen und bewirken so, daß sie unverändert fortbestehen, was auch immer mit dem Vermögensstücke vorgehen möge.“ § 399, wonach eine Forderung dann nicht abgetreten werden kann, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist, enthält ein Veräußerungsverbot, dagegen keine Verfügungsbeschränkung im Sinne der Ramdohrschen Ausführungen.

Unsere letzten Untersuchungen dürften den Nachweis erbracht haben, daß das Gesetz eine Durchbrechung des in § 137 Satz 1 ausgesprochenen Prinzips, im Sinne der Simonschen Auffassung, nicht kennt. Der einzige Fall, bei welchem man berechtigt ist von einer Durchbrechung des Prinzips zu sprechen, findet sich in § 399 und in den diesen Fällen gleichgearteten Fällen des Immaterialgüterrechts. Die in § 399 anerkannte Zulässigkeit eines auf Rechtsgeschäft beruhenden Zessionsverbots mit dinglicher Wirkung kann aber m. E. als mit § 137 in Widerspruch stehend eigentlich gar nicht angesehen werden, da die dingliche Wirkung, die das Zessionsverbot hat, nicht unmittelbar kraft des rechtsgeschäftlichen Willens, sondern kraft der Sondervorschrift dieser Gesetzesbestimmung, und nur mittelbar kraft des Willens der Parteien eintritt. Es ist deshalb § 399 auch gar keine Außerkraftsetzung des § 137. Immerhin ist die Annahme gerechtfertigt, daß § 399 einem auf Rechtsgeschäft beruhenden Veräußerungsverbote mit dinglicher Wirkung zu gesetzlicher Anerkennung verhilft. Deswegen ist aber noch keineswegs der Schluß Simons berechtigt, daß nun auch die Einigung im technischen Sinne, und zwar die formlose im Fahrnisrecht und die formelle im Liegenschaftsrecht, eine eben solche lex specialis zu § 137 sei. Ich vermag nicht einzusehen, wie die Einigung ein Analogon zu den Fällen des § 399 bilden soll. Eine gesetzliche Vorschrift, welche der Gebundenheit der Beteiligten an die Einigung die Bedeutung einer gegen Dritte wirksamen Verfügungsbeschränkung beilegte, fehlt; weiterhin lassen sich die von Simon einander gleichgestellten Fälle, weil sie ihrem Wesen nach grundverschieden

sind, gar nicht vergleichen. In den Fällen des § 399 sind es Verpflichtungsgeschäfte, denen ausnahmsweise dingliche Wirkung verliehen ist, während die Einigung, der die gleiche Wirkung verliehen sein soll, Tatbestandsmerkmal eines Verfügungsgeschäfts, und zwar eines auch nach Simons Ansicht unvollendeten, ist. Diese Gegensätze lassen sich auch nicht miteinander im Hinblick auf den gemeinsamen Zweck, den diese von Simon auf gleiche Stufe gestellten, m. E. ganz verschiedenen Rechtsinstitute erfüllen sollen, versöhnen. Der schroffe Gegensatz von Verfügungsgeschäft und Nichtverfügungsgeschäft steht dem entgegen.

Ehe wir unsere Kritik über die Simonsche Arbeit abschließen, müssen wir noch kurze Zeit seinem Kapitel VI[1]) widmen. Hier zeigt sich m. E. die Schwäche der Begriffsbestimmung Simons am klarsten. Simon schickt diesem Kapitel das von ihm bisher gewonnene, von uns im vorstehenden bekämpfte Resultat voraus, daß die bindende Einigung ein Rechtsgeschäft sei, welches eine relativ dinglich wirkende Verfügungsbeschränkung des Passivbeteiligten zur selbständigen, rechtsgeschäftlichen Folge habe, und knüpft hieran die Behauptung: „Die Einigung ist bereits für sich allein, ohne daß die Eintragung hinzugekommen ist, eine Verfügung." Zur Erhärtung dieser Behauptung führt Simon aus: „Verfügungen sind diejenigen Rechtsgeschäfte, durch welche unmittelbar ein Recht[2]) übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird. Dabei ruht der Nachdruck auf der Unmittelbarkeit, mit welcher die Wirkung dieser Art Rechtsgeschäfte das betreffende Recht ergreift; darauf, daß die Rechtsfolge dieser Rechtsgeschäfte nicht eine Verpflichtung zur Herbeiführung der gewollten Rechtsänderung ist, sondern diese selbst. Nur der Berechtigte kann über ein dingliches Recht verfügen, der Nichtberechtigte grundsätzlich und in der Regel nicht[3]). Es muß also ein Zusammenhang zwischen dem Recht und der Befugnis, über es zu verfügen, bestehen. Das ist folgender: Jedes dingliche Recht stellt eine bestimmte Beziehung des Berechtigten zu der Sache dar, an welcher sein Recht besteht. Es gibt ihm eine bestimmte Herrschaft über die Sache: Das eine Mal eine derart begrenzte, daß sie nur ihm persönlich zusteht, das andere Mal aber eine so umfassende, daß er Macht genug hat, die ihm zustehende Herrschaft auf andere ganz oder teilweise zu übertragen. Das erstere ist beim Nießbrauch, bei den beschränkten

---

[1]) cf. Simon, Einigung. S. 55—60.

[2]) cf. dagegen Sohm, Gegenstand. § 2 Anm. 1 S. 7.

[3]) Diese Ansicht vertritt auch Romeick in seiner Polemik gegen Hellwig. cf. „Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs", Heft III Rechtsnachfolge, insbesondere § 2, Die Verfügung des Nichtberechtigten — eine nackte Tatsache. S. 10 ff., 26, 27. Sie ist jedoch nicht haltbar, wie Sohm in § 9 seines Gegenstands nachweist. cf. auch Anm. 3 dieses Sohmschen Paragraphen (Gegenstand, S. 51).

persönlichen Dienstbarkeiten der Fall, das letztere vor allem beim Eigentum, bei den Pfandrechten. Das veräußerliche dingliche Recht gibt dem Berechtigten auch die Befugnis, über es zu verfügen. Daher gilt insoweit der Satz: ‚Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht ist ein Bestandteil seines Inhalts.' Dann ist aber die gänzliche oder teilweise Ausschließung dieser Befugnis eine Aenderung dieses Inhalts, eine Aenderung des Rechts. Daß aber die rechtsgeschäftliche Aenderung eines Rechts Verfügung ist, wird allgemein anerkannt. Die bindende Einigung ist aber rechtsgeschäftliche Beschränkung der Verfügungsbefugnis hinsichtlich eines dinglichen Rechts, also rechtsgeschäftliche Rechtsänderung, mithin selbständige Verfügung."

Die Beweisführung Simons ist bestechend, geistreich und logisch, aber trotzdem verfehlt. Es fällt nicht leicht, die eigentliche Fehlerquelle aufzufinden, weil man sich nur schwer in den mit unserer Auffassung stark kontrastierenden Ideenkreis Simons hineinzusetzen vermag. Ich weiß daher auch nicht sicher, ob ich damit Recht habe, wenn ich sie in einer Verkennung der rechtlichen Art des Verfügungsrechts vermute. Als ein dingliches veräußerliches Recht faßt wohl Simon — genau vermag ich das nicht zu erkennen — die Verfügungsbeschränkung auf, die seiner Ansicht nach die Einigung zur Folge haben soll. Er hält die bindende Einigung, wenn ich ihn recht verstehe, für eine teilweise Uebertragung der Herrschaft über die Sache auf den, zu dessen Gunsten die Verfügungsbeschränkung begründet sein soll. Er glaubt also, letzterem werde ein Recht an der Sache eingeräumt, die Beziehung des Berechtigten zur Sache, sein Verfügungsrecht, werde zugunsten eines anderen Rechtssubjekts in der Weise beschnitten, daß der Berechtigte nunmehr Dritten gegenüber sein Herrschaftsrecht im Umfange der Beschränkung nicht mehr geltend machen kann. Das Verfügungsrecht ist, wie Sohm lehrt[1]), kein Gegenstand. Es ist, wie alle Rechte, welche nur Begleiterscheinungen eines anderen Rechts oder einer Rechtslage sind, ein unselbständiges Recht. Es ist, da es Ausfluß eines Vermögensrechtes ist, mit diesem übertragbar, aber niemals möglicher Gegenstand einer selbständigen Verfügung. Vor allem aber können wir uns mit der Ansicht Simons deshalb nicht befreunden, weil wir den Standpunkt Sohms über das Wesen der Verfügungsbeschränkung teilen, den er in knapper und treffender Weise in Anmerkung 7 auf Seite 76 seines Gegenstands mit folgenden Worten skizziert: „Bloße Verfügungsbeschränkungen bedeuten trotz dinglicher Wirkung keine dinglichen Rechte. ‚Rechte' an Gegenständen (Sachen, Rechten) sind nur gegenständlich geartete (dem verfügungsgeschäftlichen Verkehr angehörende, insbesondere durch Verfügungsgeschäft begründbare) Rechte. Verfügungs-

[1]) cf. Sohm, Gegenstand. § 5, 3 S. 30.

beschränkungen können nicht durch Verfügungsgeschäft begründet werden (§ 137 BGB.): sie bedeuten niemals Gegenstände und darum niemals dingliche Rechte (Vermögensrechte) im Sinne des Gesetzes.“ Gegen Simons Ansicht sprechen auch die Auslassungen Sohms in den §§ 2, 5, 9, 13 und 15 seines Gegenstands.

Trotzdem die Arbeit Simons noch mancherlei Angriffspunkte bietet — ich verweise nur auf die Ausführungen des Kapitels VII, insbesondere darauf, was unter b dargelegt wird —, will ich nunmehr die Kritik gegen Simon abbrechen, da ich glaube, daß die bisher angeführten Gründe für unsere ablehnende Haltung schon durchschlagend sind. Nur auf einen Punkt möchte ich noch zu sprechen kommen, nämlich auf den Unterschied, den Simon zwischen vertragsmaterieller und vertragstechnischer Wirkung macht. Simon wendet sich auf Seite 89 seiner Arbeit gegen den Standpunkt Endemanns, der den Vertragsantrag und die Einigung hinsichtlich ihrer Wirkungen insofern für wesensgleich hält, als sie nur Bruchstücke in der Entwicklung eines rechtlichen Tatbestandes seien. Simon entwickelt hiergegen folgende zum großen Teile richtige Gedankenkette. Er sagt[1]): „Vertragsantrag und Vertragsannahme müssen sich wie Einigung und Eintragung bzw. Uebergabe ergänzen, damit der als Endzweck erstrebte Erfolg eintritt: hier die dingliche Rechtsänderung, dort die Rechtswirkung des Vertrags. Im Hinblick auf diesen Rechtserfolg sind sowohl Antrag und Annahme, wie Einigung und Eintragung voneinander abhängig. Insofern ist das Verhältnis das gleiche. Trotzdem ist der Zusammenhang von Einigung und Eintragung bzw. Uebergabe einerseits und Antrag und Annahme andererseits ein ganz verschiedener. Sind Einigung und Eintragung auch unselbständig und voneinander abhängig im Hinblick auf den endgültigen Rechtserfolg, so sind sie doch selbständig, was ihre Existenz anlangt. Die Einigung ist in sich vollendeter Willensakt der Beteiligten, und die Eintragung ist für sich selbständige Tätigkeit des Grundbuchrichters. Antrag und Annahme dagegen können nicht, wie jene, eine voneinander gesonderte Existenz führen. Sie ergeben erst zusammengefaßt ein solches selbständiges Ganzes. Dieser Unterschied äußert sich auch in dem Zustandekommen des endgültigen materiellen Rechtserfolgs. Die dingliche Rechtsänderung wird dadurch erzeugt, daß zu einem selbständigen Ganzen, der Einigung, ein weiteres selbständiges Ganzes, die Eintragung, hinzukommt. Die Rechtswirkung des Vertrags dagegen wird herbeigeführt, indem ein unselbständiges Element, der Antrag, mit einem weiteren unselbständigen Element, der Annahme, zu einem an sich existenzfähigen, selbständigen Ganzen

---

[1]) cf. Simon, Einigung. S. 89 – 94. Ich bin gezwungen, die Gedankenkette ziemlich vollständig wiederzugeben, da sonst meine Entgegnungen nicht ohne weiteres verständlich sein würden.

wird, zum Vertrag, welcher dann als einziger und einheitlicher Tatbestand die Rechtswirkung zur Folge hat. Die dingliche Rechtsänderung ist also unmittelbar, wenn zur Einigung die Eintragung hinzukommt, vollendet, ohne daß Einigung und Eintragung sich zuvor zu einer neuen höheren Einheit verbänden. Wir fassen zwar Einigung und Eintragung als Verfügung zusammen, doch entspricht dem keine juristische Realität, die etwas Neues und Anderes wäre, als Einigung plus Eintragung. Dagegen schiebt sich zwischen Antrag und Annahme einerseits und dem Rechtserfolg andererseits der Vertrag als das neue von Antrag und Annahme wesensverschiedene, einheitliche Ganze ein, zu welchem diese unselbständigen Elemente zusammengeschlossen werden müssen, damit ein an sich existenzfähiges Rechtsinstitut entsteht, das Rechtswirkungen haben kann. Damit ist ein bedeutsamer Unterschied zwischen der Wirksamkeit der Einigung und derjenigen des Vertragsantrags gegeben. Die Wirksamkeit der Einigung ist eine potentielle. Sie besteht in der Möglichkeit, daß durch das Hinzukommen der Eintragung die dingliche Rechtsänderung bewirkt wird. Die obige Betrachtung lehrt, daß durch die Einigung die Möglichkeit geschaffen wird, unmittelbar mit Bewirkung der Eintragung die Rechtsänderung zu vollenden, ohne daß dies durch ein neues, selbständiges, Einigung und Eintragung zusammenfassendes Rechtsinstitut vermittelt würde. Die Wirksamkeit der Einigung ist also eine unmittelbar materielle: Der materielle Rechtserfolg, die dingliche Rechtsänderung beruht unmittelbar, wenn auch nicht allein, d. h. wenn auch nur potentiell, auf ihr. Auch die Wirksamkeit des Vertragsantrags ist eine potentielle. Sie besteht in der Fähigkeit, durch das Hinzutreten der Annahme von einem unselbständigen, an sich nicht existenzfähigen Element zu einem selbständigen existenzfähigen Rechtsinstitut, zum Vertrage ergänzt zu werden. Daher wird durch den Antrag auch unmittelbar die Möglichkeit geschaffen, die materielle Rechtswirkung des Vertrags herbeizuführen, aber auch nur mittelbar. Denn es ist wohl zu beachten: Wenn die materielle Rechtswirkung auf Grund des durch Antrag und Annahme zustandegekommenen Vertrags wirklich eintritt, so ist sie eben Rechtsfolge des Vertrags, nicht Rechtsfolge einmal des Antrags und dann der Annahme, wie die dingliche Rechtsänderung Rechtswirkung einmal der Einigung und dann der Eintragung ist, auf welchen sie unmittelbar beruht. Die Wirksamkeit des Antrags erschöpft sich in der Möglichkeit, daß durch die Annahme ein Vertrag zustande kommt. Sie ist also keine materielle in dem Sinne, daß sie einen unmittelbaren, ihr wesentlichen Einfluß auf den materiellen Rechtserfolg des Vertrags hätte. Sie ist eine rein vertragstechnische. Der Antrag ist lediglich ein Mittel des Vertragsschlusses, ein Instrument der Vertragstechnik. Er dient lediglich dem Abschluß eines Vertrags. Ob dieser

Vertrag dann Rechtswirkungen hat, und welcher Art diese sind, ist eine weitere Frage, welche die Wirksamkeit des Antrags nicht berührt. Es besteht also ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Vertragsantrag und der Einigung auch dann, wenn man von einem selbständigen Rechtserfolge des letzteren absieht. Auch die Einigung ist, wenn man sie nur als Element des Rechtsänderungsaktes betrachtet, kein Rechtsgeschäft, sondern, um Endemanns Terminologie zu gebrauchen, nur Rechtshandlung, aber sie ist selbständige Rechtshandlung mit materieller Wirksamkeit im oben erörterten Sinn. Der Vertragsantrag dagegen ist nicht allein kein Rechtsgeschäft, sondern sogar nur unselbständige Rechtshandlung und entbehrt jener materiellen Wirksamkeit."

Es ist gar nicht zu leugnen, daß die Beobachtung Simons in gewisser Hinsicht zutreffend ist. Antrag (oder Annahme) und Einigung lassen sich nicht in der Weise vergleichen, daß man diese beiden Faktoren hinsichtlich ihrer Stellung im Rechtsgeschäftstatbestande als gleich behandeln könnte. Gleich können sie niemals sein, da immer die Einigung dem Antrag resp. der Annahme um ein Element voraus ist. Denn die Einigung setzt sich ja auch erst aus Antrag und Annahme, wie wir gesehen haben[1]), zusammen. Annahme und Antrag zusammen betrachtet können erst mit der Einigung verglichen werden; denn allein ist Antrag oder Annahme nur ein Bruchstück gegenüber der Einigung, nur halber Konsens, während die Einigung ganzer Konsens ist. Nicht richtig finde ich dagegen die Simonsche Anschauung, daß der Konsens, den Annahme und Antrag bilden, immer sich zu der höheren Einheit, dem Vertrag, zusammenschlösse, dagegen die Einigung und Uebergabe resp. Eintragung nicht. Wenn man die Einigung auch in Annahme und Antrag auflöst, so tritt die Inkonsequenz der Simonschen Betrachtungsweise klar hervor. Was Simon meint, liegt natürlich klar auf der Hand. Er hat den Unterschied im Auge, der die Einigung im technischen Sinne von dem Vertragskonsens im Tatbestande eines nicht vollziehungsbedürftigen Rechtsgeschäfts scheidet. Er erkennt, daß z. B. der Antrag und die Annahme in einem dem Schuldrecht angehörenden Tatbestande sich zu einer höheren Einheit, dem Vertrag, zusammenschließen, daß dagegen im Tatbestande eines vollziehungsbedürftigen Rechtsgeschäfts Antrag und Annahme dies noch nicht tun. Er übersieht aber, daß diese selbe höhere Einheit auch

[1]) cf. § 3, 2b u. § 4 dieser Arbeit, sowie Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 500 ff., wo der Konsens sogar in vier Faktoren zergliedert wird, welche Betrachtungsweise von uns, wenngleich wir sie billigen, im obigen nicht, der Einfachheit der Darstellung zuliebe, beobachtet worden ist. Ein Hinderungsgrund, die Einigung im technischen Sinne in ihre Bestandteile zu zergliedern, besteht u. E. nicht, auch wenn wir der Einigung im technischen Sinne die bindende Wirkung aus den früher dargelegten Gründen versagen müssen.

dort, aber erst durch Einigung und Uebergabe resp. Eintragung zusammen, herbeigeführt wird. Ich verstehe nicht, wie er der Ansicht sein kann, daß Einigung und Uebergabe resp. Eintragung sich zuvor nicht auch zu einer gleichen höheren Einheit, zum Rechtsgeschäft, das natürlich immer, wo eine Einigung, ein Konsens, vorhanden ist, ein Vertrag sein muß, verbinden sollen, während er eine solche Einheit als über Annahme und Antrag in anderen Rechtsgeschäftstatbeständen stehend annimmt. Wer sich durch die Betrachtungsweise Simons nicht bestechen läßt, für den ist die Entdeckung Simons gar nichts so Bedeutsames. Dann ergibt sich aus ihr ganz einfach der Satz, daß immer die Summe aller Vertragselemente erst die höhere Einheit, den Vertrag, herbeiführen, und daß, was wir ja auch gar nicht bestreiten wollen, nur in dem einen Falle die Anzahl der Elemente eine geringere ist, als im anderen Falle. Bei unserer Auffassung sind Einigung (oder aufgelöst Antrag und Annahme zur Einigung), ebenso wie die Eintragung resp. Uebergabe, alle auch nur Instrumente der Rechtsgeschäfts- bez. Vertragstechnik, ganz so wie es Antrag und Annahme im obligatorischen Rechtsgeschäftstatbestand für sich betrachtet sind. M. E. würde es auf eine Degradation von Uebergabe resp. Eintragung hinauslaufen, wenn man sie, obwohl man sie andererseits als rechtserzeugende Faktoren eines Rechtsgeschäftstatbestandes anerkennt, aus der Kategorie der Rechtsgeschäftselemente ausstoßen wollte, lediglich weil man sich nicht von der doch keineswegs zwingenden Vorstellung losmachen kann, daß immer nur das Willensmoment resp. die dasselbe bildenden Faktoren allein den Rechtsgeschäftsbegriff im engeren Sinne bilden könnten. Eben deswegen widerstrebt es mir, mich der Auffassung Manigks[1]) anzuschließen, die er gegen Brucks Terminologie einnimmt, daß man korrekt als „Vertrag" nur die Einigung durch Willenserklärung bezeichne, möge sie sich auf dingliche, obligatorische oder sonst welche Rechtswirkungen beziehen. Manigk ist in seiner Betrachtungsweise wenigstens konsequent, denn er fährt fort: „Da man unter Rechtsgeschäft den Gesamttatbestand einer Wirkung versteht, ist also auch nicht jeder bloße Vertrag im letzteren Sinne ein Rechtsgeschäft, dann nämlich, wenn zur Willenseinigung noch andere Tatbestandselemente hinzukommen müssen." M. E. ist aber mit einem Vertragsbegriff, der nicht Rechtsgeschäft, auch nicht Rechtsgeschäft im engeren Sinne ist, nicht viel anzufangen, und ich bin der Meinung, daß es konstruktiv richtiger ist, ein in seinen Begriffselementen vollständiges Rechtsinstitut mit dem Rechtsgeschäftsartbegriff „Vertrag" zu bezeichnen, als ein nur erst zum Teil realisiertes. Man läuft sonst zu leicht Gefahr, die Uebergabe resp. Eintragung zu den

[1]) cf. Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte. S. 203 Anm. 1.

sog. objektiven Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts[1] zu zählen und aus der Reihe der rechtserzeugenden Faktoren auszuschalten, während sie doch hinsichtlich ihrer Wirksamkeit ganz die gleiche Kraft haben, wie das Willensmoment im sachenrechtlichen Verfügungsgeschäft. Das Verhältnis von Konsens und Eintragung hat unserer Ansicht nach in recht anschaulicher, dabei knapper Weise Wunderlich im § 2 seiner Arbeit[2] geschildert. Für richtig halte ich wenigstens im Grundgedanken die kurzen Bemerkungen, die du Chesne der Anzeige der Simonschen Arbeit vorausschickt[3]. Er sagt dort: „Das Eigentumsübertragungsgeschäft besteht aus Einigung (über den Eigentumsübergang) und Uebergabe bzw. Eintragung; Entsprechendes gilt von der Begründung sonstiger dinglicher Rechte. Die Einigung ist die innere, psychologische, die Willensseite des dinglichen Geschäfts, die Uebergabe und Eintragung die Tatseite. Weil aber bei dem dinglichen Grundstücksgeschäfte die Tatseite (Eintragung) zum staatlichen Akte geworden ist, so hat sich die Willenserklärung formalisiert und damit zu einer Art von Tat der Geschäftsbeteiligten (Eintragungsbewilligung, Auflassung) verdichtet[4]. Damit ist der innerliche Zusammenhang, die konstruktive Einheit von Einigung und Eintragung nicht aufgehoben, aber schwer erkennbar. Wird die Eigenschaft der Einigung als eines bloßen Bestandteils des allein ein Ganzes bildenden dinglichen Geschäfts nicht scharf genug im Auge behalten, ›so hat man die Teile in der Hand, fehlt leider nur das geist'ge Band!‹“

§ 7.

3. Form der Einigung.

I. Die Einigung im technischen Sinne ist in der Regel formlos. Ausnahmen enthalten die §§ 925, 1015, 1017$_2$ BGB., Art. 63, 68 Eg. z. BGB. Die formlose Einigung ist regelmäßig widerruflich (Ausnahme § 956), solange das Verfügungsgeschäft noch unvollendet ist, also Uebergabe bzw. Eintragung noch ausstehen. Die gegenteilige Ansicht Simons war unserer Ansicht nach, wie im vorangehenden Kapitel eingehend darzulegen versucht worden

[1] Z. B. der Tod bei der letztwilligen Verfügung.

[2] cf. Wunderlich, Eintragungsbewilligung, S. 5—9; für richtiger würde ich es halten, wenn Wunderlich die Anm. 1 auf S. 8 weggelassen hätte, da m. E. auch die §§ 145 ff., wenn auch modifiziert, auf die Einigung Anwendung finden. So z. B. § 151.

[3] cf. Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, herausgeg. v. Dr. Lobe, 8. Jahrg. H. 7/8 S. 271/272.

[4] Dieser Satz ist mißverständlich. Denn du Chesne kann eventuell Recht haben, möglicherweise faßt er die Eintragungsbewilligung aber irrtümlich als eine dem Privatrecht angehörende Willenserklärung auf. Wir werden hierauf noch später zu sprechen kommen.

ist, abzulehnen. Es folgte dies aus § 700 und argum. e. contrario aus den §§ 956 und 873 Abs. 2 BGB.

II. Die Einigung ist aber unwiderruflich, wo die Vorschrift des § 873 Abs. 2 BGB. beobachtet ist. § 873 Abs. 2 BGB. findet nur auf das Liegenschaftsrecht Anwendung und lautet: Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden,

> wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet werden, oder vor dem Grundbuchamt abgegeben, oder bei diesem eingereicht sind, oder, wenn der Berechtigte dem anderen Teil eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat.

Die Deutung dieser Gesetzesvorschrift hat große Verwirrung angerichtet und die verschiedensten Kontroversen gezeitigt, die auch heute noch nicht zu einer einheitlichen Auffassung geführt haben. Wir stehen also hier auf heißem Boden.

Wenn wir an einer strengen Scheidung des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäftsbegriffes festhalten, müssen wir die Ansichten aller derjenigen von vornherein zurückweisen, die von einer aus der Bindung resultierenden Verpflichtung sprechen[1]. Die Bindung begründet keinerlei Verpflichtung, übrigens auch keinen Anspruch auf Nachholung der Förmlichkeiten, die nach den Ordnungsvorschriften der Grundbuchordnung zur Eintragung der dinglichen Rechtsänderung noch fehlen, wie etwa einen Anspruch auf Abgabe einer nach dem formellen Grundbuchrecht zur Eintragung noch erforderlichen Eintragungsbewilligung. Alle Vertreter dieser Ansichten stehen im Banne des obligatorischen Vertrags und vergessen, daß die Einigung im technischen Sinne als Bestandteil eines Verfügungsgeschäfts niemals eine Verpflichtung begründen kann. Eine Verpflichtung entspringt stets nur aus dem obligatorischen Konsens. Das Verfügungsgeschäft als Leistungsgeschäft befriedigt, aber verpflichtet nicht. Die Verpflichtung des einen Teils zur Bewilligung beruht auf dem dem abstrackten Leistungsgeschäft zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft. Das alles ist bereits schon früher verschiedentlich ausgeführt worden.

---

[1]) cf. Endemann a. a. O. S. 109, Fuchs a. a. O. S. 64, Oberneck a. a. O. S. 257/260, Strecker a. a. O. S. 35/36, Foerster, im „Recht" 5. Jahrg. S. 579 ff., Wolff, Gruch. Beitr. Bd. 47 S. 47 ff. u. a. Richtig E. Bruck S. 9, Eccius, Gruch. Beitr. 47 S. 54, Ortlieb S. 34, Steyert S. 31, Goldmann-Lilienthal S. 481, Kretzschmar, Sachenrecht, S. 57 ff., Stöver, Arch. f. b. R., S. 188 ff., bei dem ich nur den Satz beanstande: „Da aber die bindende Einigung rechtlich wirksame Beziehungen zwischen den Beteiligten erzeugt, so ist die Möglichkeit einer Feststellungsklage gemäß § 256 CPO. nicht ausgeschlossen." Dagegen mit Recht E. Bruck S. 10), Koffka, Festgabe für Wilke, S. 165 ff.

Koffka[1]) vermeidet den oben gerügten Fehler, tritt aber im Anschluß an die Bemerkung von Fuchs[2]), daß die Bindung eine Verfügungsbeschränkung des Verfügenden sei, die jeden binde, welchem der § 892 nicht zur Seite stehe, dafür ein, der Bindung die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung des Veräußerers hinsichtlich des Grundstücks zugunsten des Erwerbers zu geben. Wir können seinen Ausführungen nur insoweit recht geben, als er der Bindung der Parteien an die Einigung nicht die Bedeutung der Bindung bei einem obligatorischen Vertrag zuschreibt, sondern die Bedeutung nur darin sieht, daß die Parteien ihre Erklärungen nicht mehr widerrufen können. Nicht aber können wir ihm beipflichten, wenn er weiterhin ausführt, daß die Wirkung der Gebundenheit eine viel weitergehende sei, sie bestände in dem Ausschluß des Rechts des Widerrufs, nur nicht beschränkt auf den ausdrücklichen, sondern auch ausgedehnt auf den konkludenten Widerruf. Hat jemand, so folgert Koffka, dem Primus durch Einigung ein Nießbrauchsrecht gewährt, so liegt in der Gewährung des Nießbrauchsrechts an den Sekundus ein konkludenter Widerruf. Indem der Veräußerer zur konkludenten Widerrufshandlung infolge seiner Gebundenheit an die Einigung nicht mehr berechtigt sei, unterliege er hinsichtlich des Grundstücks zugunsten des Erwerbers einer Verfügungsbeschränkung, für welche die Bestimmungen der §§ 892 S. 2 und 135 BGB. und 13 KO. maßgebend seien[3]). Koffka stützt diese Ansicht auf § 107 Abs. 2 des ersten Entwurfs zum BGB., wo es heißt: „Als gesetzliches Veräußerungsverbot gilt auch die auf einem Rechtsgeschäft sich gründende, nach gesetzlicher Vorschrift gegen Dritte wirksame Verfügungsbeschränkung[4]). Die Streichung dieses Zusatzes in § 135 BGB. beanstandet Koffka und tritt u. E. zu Unrecht für die Ausdehnung des § 135 BGB. nach Analogie von § 107 Abs. 2 des ersten Entwurfs ein.

Gegen Koffka hat, wie schon früher dargelegt worden ist, in durchschlagender Weise Biermann[5]) Stellung genommen. Seine Ausführungen hat auch Simon nicht erschüttern können, der in höchst anregender und geistvoller Weise den Koffkaschen Gedanken weiter ausgebaut hat[6]). Wie wir nachgewiesen zu haben

---

[1]) cf. Koffka, Festgabe für Wilke. S. 165 ff., S. 173/174.

[2]) cf. Fuchs, Grundbuchrecht. S. 64 — 66.

[3]) cf. die gegenteilige Ansicht über die rechtliche Beurteilung des gleichen Falles bei E. Bruck S. 7.

[4]) cf. Bekker u. Fischers Beiträge 9./10. Heft 1890, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf, S. 158.

[5]) cf. Biermann, Kommentar 1902 Bem. 3 zu § 873 S. 48, so auch Kober zu § 873 III S. 84, 85.

[6]) cf. Simon, Einigung, S. 21 – 28. Gegen Koffka haben sich außer Biermann auch Stöver (cf. Arch. f. b. R. Bd. 26 S. 191/192) und Ortlieb, S. 33 – 35, ausgesprochen. Ortlieb ist aber nicht zuzustimmen, wenn er auf S. 31 die sonderbare Ansicht entwickelt: die Gebundenheit an

glauben, läßt sich der Simonsche Standpunkt aus verschiedenen Gründen nicht halten. Ich kann es mir mit Rücksicht auf meine längeren Ausführungen gegen Simon ersparen, auf die Ansicht Koffkas einzugehen. Erwähnen will ich nur, daß auch das Reichsgericht die Koffkasche Ansicht in einer neueren Entscheidung abgelehnt hat. Vgl. hierzu das Urteil des Reichsgerichts, 5. Zivilsenat, vom $\frac{19.\ \text{Juni}}{3.\ \text{Juli}}$ 1907, wo unter anderem folgendes ausgeführt wird: „Die Aufhebungserklärung nach § 875 BGB. bewirkt beim Vorliegen der in Abs. 2 a. a. O. aufgeführten Voraussetzungen die Bindung des Erklärenden und ist insofern unwiderruflich, die Unwiderruflichkeit wirkt aber, wie im Falle des § 873 BGB., nur unter den Parteien und hat nicht die Bedeutung einer Verfügungsbeschränkung, auf die sich auch dritte Personen zu berufen in der Lage wären (vgl. Prot. III S. 72; Entsch. des Reichsgerichts Bd. 55 S. 340; Biermann Anm. 3 Abs. 2 zu § 873; Planck Anm. II, III 4 das. Anm. 2 zu § 875; Turnau-Foerster III 13_6 zu § 873, Anm. 4 vorl. Abs. zu § 875 BGB.)." (cf. ZBlFG. 8. Jahrg. S. 546.)

Eigenartig ist die Ansicht von Eccius[1]) über die Gebundenheit. Er teilt in den Hauptpunkten auch die von uns akzeptierte Ansicht, stellt aber die Behauptung auf, daß die Vorschrift des § 873 Abs. 2 nicht in allen Fällen zu einer beiderseitigen Gebundenheit führe, da im Falle der Aushändigung der Eintragungsbewilligung das Gesetz nicht von der beiderseitigen Einigung oder deren Erklärung als bindend, sondern von den Erklärungen an die Einigung spreche. Er tritt also dafür ein, daß es eine einseitige Bindung an die Einigung gebe, welcher Umstand erhelle, daß die Einigung ein Vertragskonsens nicht sei. Diese Ansicht von Eccius darf heute als widerlegt gelten, weshalb wir uns durch sie nicht aufzuhalten brauchen. Es mag mit Rücksicht auf die verschiedenen Begründungen der Ablehnung dieser Auffassung genügen, wenn ich einige der Gegner der Ansicht von Eccius namentlich und unter Verweisung auf ihre diesbezüglichen Auslassungen anführe. Zu diesen gehören z. B. Foerster (cf. Recht VII, Einzelne Betrachtungen über die dingliche Einigung, und II letzter Absatz S. 56), Bendix (Seufferts

die Einigung könne keinesfalls als eine Folge der letzteren bezeichnet werden. Eine auch nicht in den Formen des § 873 Abs. 2 geschlossene Einigung sei gültig. Werde die an sich gültige Einigung in Gemäßheit von § 873 Abs. 2 formuliert, so werde sie für die Parteien bindend, ohne daß ihre materielle Wirkungsfähigkeit irgendwie geändert werde. Die Bindung sei also nicht eine Folge der Einigung, sondern eine Folge der Form, in welcher die Einigung vorgenommen werde. Mit Recht tritt dieser Auffassung Stöver in Anm. 127 a. E. auf S. 191 mit der Frage entgegen: Wie kann die Form als solche Folgen haben?

[1]) Eccius a. a. O. in Gruchots Beiträgen Bd. 47 S. 56/57; vgl. dagegen die Ansicht desselben in Gruchots Beiträgen Bd. 45 S. 455 456.

Blätter für Rechtsanwendung Bd. 68 [1903] S. 200), Stöver (cf. Arch. f. b. R. Bd. 26 S. 190 f. Anm. 127), Simon (Einigung IX a. u. a. E. S. 98 ff.), Ortlieb (Einigung und dinglicher Vertrag S. 20), Salomon (Die Genehmigung usw. S. 53), ferner die Verfasser fast sämtlicher Kommentare zum Sachenrecht in der neuesten Auflage, deren Aufzählung mir erspart bleiben kann.

Der Hauptgrund, warum der § 873 Abs. 2 die verschiedenfachsten Deutungsmöglichkeiten[1]) zuläßt, dürfte in der zweifellos unglücklichen Terminologie dieses Paragraphen liegen. Mir erscheint es durchaus zutreffend, wenn Kretzschmar[2]) sich hierüber folgendermaßen ausläßt: „Durch die Ordnung des Gesetzes wird eine eigentümliche Rechtserscheinung geschaffen, nämlich eine Einigung, die ohne Vorhandensein der Voraussetzungen des § 873 Abs. 2 die Beteiligten nicht bindet und dabei doch nicht unwirksam ist. Denn wirksam ist die Einigung auch, wenn die Voraussetzungen des § 873 Abs. 2 nicht vorliegen, für den Fall der nachfolgenden Eintragung; sofort mit der Eintragung entsteht die der Einigung entsprechende Rechtsänderung. Einfacher und das Verständnis erleichternd wäre es daher wohl gewesen, die vor der Eintragung erfolgende Einigung zu formalisieren und die Vorschrift des § 873 Abs. 2 in Uebereinstimmung mit derjenigen des § 313 Satz 2 dahin zu fassen, daß die ohne Beobachtung einer der zulässigen Formen erklärte Einigung gültig werde, wenn die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erfolge. Sachlich ist dies dasjenige, was der § 873 Abs. 2 vorschreibt.“ Infolge der Terminologie von § 873 Abs. 2 muß man

[1]) Viel hierzu beigetragen hat auch die falsche Beurteilung der Eintragungsbewilligung in diesem Paragraphen. Mit Recht sagt Wunderlich in Anm. 2 auf S. 59 seiner Arbeit von ihr: „Sie ist begrifflich und ihrem Wesen nach gar keine Eintragungsbewilligung im Sinne des § 19 GBO. und im Sinne unserer Arbeit. Sie setzt keinen Antrag auf Eintragung voraus und kann außerhalb des Eintragungsverfahrens und ohne Beziehung auf ein solches nur zum Zwecke der Bindung der Kontrahenten an die Einigung erfolgen.“ Widersprechen möchte ich jedoch Wunderlich in seiner Auffassung, daß die Aushändigung der Eintragungsbewilligung seitens des Berechtigten (d. i. des Verfügungsberechtigten) an den anderen Teil, um die Bindung an die Einigung herbeizuführen, ein Rechtsgeschäft des Privatrechts, ein Verfügungsgeschäft, sei und daß das gleiche auch für die Löschungsbewilligung (§ 875 Abs. 2 BGB.) gelte. In beiden Fällen kommt ein Verfügungsgeschäft in dem von uns im Anschluß an die Untersuchung Sohms über das Wesen der Verfügungsgeschäfte übernommenen Sinne nicht zustande. Es vollzieht sich keine unmittelbare dingliche Rechtsänderung, keine gegenständliche Rechtsänderung. Das Gesetz legt der Einigung bei Beobachtung gesetzlich normierter Formvorschriften die bindende Wirkung bei, daß die von der Einigung betroffenen Personen nicht einseitig die Einigung widerrufen können. Wir haben es hier eben mit Rechtshandlungen zu tun, die sich, zumal sie auf einer unglücklichen Terminologie gegründet sind, nicht unter eine bestimmte Kategorie von Rechtshandlungen einreihen lassen.

[2]) cf. Kretzschmar, Sachenrecht. S. 57.

allerdings zugeben, daß § 873 Abs. 2 keine Formvorschrift für die Einigung des Liegenschaftsrechtes darstellen soll. Im Grunde ist es aber der Fall. Für unsere Betrachtung ist ein weiteres Eingehen auf die juristische Natur der Bindung ohne Belang. Die Hauptsache für uns ist die Erkenntnis, daß „die Bindung des § 873 Abs. 2 keine Verfügungsbeschränkung auslöst, sondern sich in ihren Wirkungen darin erschöpft, daß die Eintragung aus ihr erlangt werden kann ohne jede Rücksicht auf einen etwaigen Widerspruch des Verfügenden“ [1]. Lediglich diese Unwiderruflichkeit hat die Bindung zur Folge. Obligatorische oder unmittelbar rechtsändernde Wirkung hat sie nicht. In richtiger Weise wird m. E. die Bedeutung der Bindung des § 873 Abs. 2 von Stöver charakterisiert. Er sagt[2]: „Die Beteiligten sind an die Einigung gebunden, heißt nichts anderes als: sie müssen die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch geschehen lassen; die bindende Einigung legt den Willen der Parteien fest, derart, daß kein Teil mehr einseitig die Eintragung hindern kann.“ In der Begründung dieses Resultats[3] möchte ich nur beanstanden, daß Stöver der Ansicht des Reichsgerichts Bd. 54 S. 378 ff. beitritt. Diese Entscheidung verkennt die Natur der Eintragungsbewilligung, weil es die Eintragungsbewilligung mit der Eintragungsbewilligung des § 873 Abs. 2 identifiziert und letztere als einen Bestandteil der Einigung auffaßt. Die Eintragungsbewilligung im technischen Sinne ist, wie Wunderlich[4] nachgewiesen hat, rein prozeßrechtlicher, d. h. verfahrensrechtlicher Natur. Sie ist von der Eintragungsbewilligung in § 873 Abs. 2 zu unterscheiden. Letztere ist m. E. eine den übrigen Formerfordernissen ihrer Natur nach gleiche Rechtshandlung, nicht rechtsgeschäftlicher Art[5]. Sie bewirkt ebenso wie eine der übrigen Voraussetzungen des § 873 Abs. 2, daß die so formalisierte Einigung bindend wird. Die Bindung ersetzt, wo der Verfügende sich weigert, eine Eintragungsbewilligung zu erteilen, die letztere. Denn wo eine bindende Einigung vorliegt, kann der Grundbuchrichter, da es einer Feststellung der antragsbegründenden Tatsachen hier nicht mehr bedarf, weil die Tatsachen selbst schon anderweit bewiesen sind, die Eintragung auch ohne Eintragungsbewilligung im technischen Sinne bewirken, sofern er darum angegangen

---

[1] cf. Kretzschmar, Sachenrecht. S. 59.
[2] cf. Stöver, Arch. f. b. R., Bd. 26 S. 191.
[3] cf. Stöver, Arch. f. b. R., Bd. 26 S. 188 – 191.
[4] cf. Wunderlich, Eintragungsbewilligung. §§ 6, 12, 13.
[5] cf. die gegenteilige Ansicht von Wunderlich, S. 59 Anm. 2 und S. 76 und Anm. 1 der vorstehenden Seite dieser Arbeit. Auch die Ausführungen Landauers (S. 757 im ZBlFG. 8. Jahrg.) leiden an einer Verkennung des Wesens des Verfügungsgeschäfts. Die Einigung enthält begrifflich nicht die Eintragungsbewilligung und den Eintragungsantrag in sich. Wunderlichs Ansicht ist sonst m. E. zutreffend.

wird[1]. Wenn die sich einigenden Parteien eine der Bindungsformen wählen, so schaffen sie eine Rechtslage, die es dem die Eintragung begehrenden Berechtigten erspart, noch besondere Zwangsmaßregeln zur Inlaufsetzung des sonst zur Eintragung notwendigen normalen Verfahrens, z. B. durch den Klageweg, zu ergreifen. Trotzdem kann natürlich derjenige, der von der zukünftigen Eintragung betroffen wird, noch durch anderweite Verfügung den Erfolg der bindenden Einigung vereiteln, aber er würde z. B. dies nicht durch eine Verweigerung der Eintragungsbewilligung im technischen Sinne erreichen können. Denn die Verweigerung derselben nützt ihm, nachdem die Einigung einmal bindend ist, gar nichts, da der Grundbuchrichter schon ohne dieselbe auf Grund der Bindung an die Einigung, wenn er um die Eintragung von der anderen Seite angegangen wird, die Eintragung vornehmen muß. Der Grundbuchrichter braucht dann, wenn ihm der Nachweis der bindenden Einigung erbracht ist und ein Antrag auf Eintragung von rechtmäßiger Seite vorliegt, gar nicht erst noch die Eintragungsbewilligung im technischen Sinne einzufordern, weil der Zweck, den diese erfüllen soll, ja schon ohnehin erreicht ist. Die Bindung ist also ein Surrogat für die Eintragungsbewilligung im technischen Sinne. Deshalb aber ist sie selbst noch kein Verfügungsgeschäft, auch kein sonstiges Hilfsrechtsgeschäft. Die Bindung knüpft sich an die unter Beobachtung einer der Voraussetzungen des § 873 Abs. 2 geschlossene Einigung kraft Gesetzes. Sie würde auch die gleiche Wirkung äußern, wenn die Parteien über diese Folge der bindenden Einigung nicht aufgeklärt wären und der Bindung einen anderen Zweck zugeschrieben hätten, ganz ähnlich, wie an den obligatorischen Antrag sich die Gebundenheit auch ungewollt einstellt. Soweit sich aus den vorstehenden Ausführungen nichts Gegensätzliches ergibt, stimme ich vollständig mit den Ausführungen Stövers[2] und Wunderlichs[3] zu der hier angeschnittenen Frage überein, auf die ich hier nochmals verweise: Stöver erfaßt das Wesen der

[1] cf. hierzu Wunderlich, Eintragungsbewilligung, § 15. Seine Stellungnahme zu den zwei von ihm aufgeworfenen Beispielen ist durchaus überzeugend. Uns interessiert speziell sein Fall b, den er im Sinne seiner Ausführungen in §§ 6, 12 und 13 löst. Vgl. auch die dort zitierte reichhaltige Literatur S. 89, 93, 94 und seine Stellung hierzu.

[2] cf. Stöver S. 188—191. Ueber das Wesen der Eintragungsbewilligung ist Stöver noch im unklaren. Auch die Eintragungsbewilligung des § 873 Abs. 2 hält er für ein Rechtsgeschäft, ebenso wie die Eintragungsbewilligung im technischen Sinne. Wir müssen beides ablehnen.

[3] cf. Wunderlich § 12 und 13. Wunderlich bezeichnet irrtümlich die Aushändigung der Eintragungsbewilligung des § 873 Abs. 2 für ein Verfügungsgeschäft. Sonst faßt er das Verfügungsgeschäft richtig auf. cf. z. B. § 12 und die Ausführungen gegen Eccius hinsichtlich des § 185 in Anm. 3 S. 85 f.

Bindung in m. E. richtiger Weise und Wunderlich klärt uns über das Wesen der Eintragungsbewilligung im technischen Sinne in überzeugender Weise auf. Da unserer Ansicht nach die Bindung der Einigung die Eintragungsbewilligung im technischen Sinne überflüssig macht, so ist es auch für das Zustandekommen der Eintragung gleichgültig, wenn nach der Bindung der Parteien eine Aenderung der Willensfähigkeit der Beteiligten eintritt. Der Grundbuchrichter braucht zur Bewirkung der Eintragung nur den Nachweis der antragsbegründenden materiellrechtlichen Tatsachen, und dieser Nachweis ist erbracht, wenn die Bindung ordnungsgemäß erfolgt ist.

IV. Die Einigung als solche kein Vertrag, nur Bruchstück eines solchen.

§ 8.

1. Uebergabe und Einigung nach § 854 Abs. 2 BGB.

I. Wir haben bisher immer nur die Einigung im Auge behalten, dagegen die Uebergabe und Eintragung nur flüchtig berührt. Zum richtigen Verständnis der Einigung gehört aber notwendig eine Betrachtung dieser von uns ja als rechtserzeugende Faktoren im Rechtsgeschäftstatbestande anerkannten Rechtsinstitute. Wir wollen deshalb dies nunmehr nachholen. Zuerst wollen wir uns der Uebergabe zuwenden und mit ihr zusammen die Einigung des § 854 Abs. 2 BGB. betrachten, die, wie sich noch zeigen wird, eine Zwillingsschwester der ersten ist.

II. Von der Uebergabe und der Einigung gemäß § 854 Abs. 2 BGB. soll also hier die Rede sein.

Beide Begriffe erfüllen den gleichen Zweck. Sie bewirken, daß der Vorbesitzer mit seinem Willen seinen bisherigen unmittelbaren Besitz verliert und der Nachmann nunmehr unmittelbarer Besitzer wird. Zur dinglichen Rechtsänderung im Fahrnisrecht, z. B. zur Eigentumsübertragung einer beweglichen Sache, wird als zweiter zur Einigung über die Rechtsänderung erforderlicher Tatbestand gemäß § 929 Satz 1 BGB. verlangt, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt. Ein Eigentumsübergang nach § 929 Satz 1 BGB. kann jedoch auch in Verbindung mit § 854 Abs. 2 BGB. erfolgen, nämlich dadurch, daß an die Stelle des Besitzerwerbs durch Uebergabe die Einigung über den Besitzübergang dann treten kann, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

Uebergabe ist jeder Besitzerwerb mit Zustimmung des bisherigen Besitzers durch äußerlich wahrnehmbaren Vorgang, während die Einigung gemäß § 854 Abs. 2 BGB. sich ohne äußerlich wahrnehmbaren Uebergabeakt durch bloße Willensäußerung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers vollzieht.

Die verwandtschaftliche Natur beider Begriffe tritt hierdurch klar hervor. Man kann beide Vorgänge als Uebergabearten bezeichnen. Die Uebergabe ist eine faktische Uebergabe, die

Einigung gemäß § 854 Abs. 2 BGB. eine nicht tatsächlich, sondern nur durch Willensvorgänge, durch Einigung, sich vollziehende Uebergabe[1]). Die Bezeichnung „Einigung" darf nur mit der Einigung im technischen Sinne nicht identifiziert werden. Sie ist etwas von ihr Grundverschiedenes.

III. Um den Unterschied der beiden Einigungen verständlich zu machen, ist eine kurze Betrachtung des modernen Besitzbegriffes notwendig.

Im Gegensatz zu den Römern legen wir heute bei Besitzerwerb den Hauptwert nicht auf den animus, sondern auf das corpus, die tatsächliche Herrschaft über die Sache. Der Wille ist für den Besitzerwerb nur soweit erheblich, als er für das corpus erheblich ist. Das corpus erlangt man auf zweierlei Art:

a) durch einen tatsächlichen Vorgang
(Besitzergreifung im Falle der Okkupation, Uebergabe, Einigung nach § 854 Abs. 2 BGB.),

b) durch einen rechtlichen Vorgang
(Erbfall).

Besitz hat, wer das corpus hat. Der Besitzerwerber erlangt Besitz, weil er das corpus hat. Er besitzt, weil er besitzt, nicht weil sein Vormann besaß. Das muß stets im Auge behalten werden. Daher ist grundsätzlich eine successio in possessionem ausgeschlossen[2]). Eine Veräußerung, eine Verfügung,

[1]) Der Besitzerwerber darf natürlich den unmittelbaren Besitz an der Sache nicht schon haben; er kann aber Besitzdiener sein.

[2]) Durch die obige Ansicht trete ich in Widerspruch zu Strohals geistvoller Untersuchung über die Sukzession in den Besitz nach römischem und heutigem Recht (Graz 1885), da ich in dem Vorgange des sogenannten konsensualen Besitzüberganges des unmittelbaren Besitzes einen der im Okkupationstatbestand vor sich gehenden Besitzbegründung ähnlichen Vorgang und keine Sukzession in den Besitz finden kann. Der Besitz ist m. E. ein durch einen Anfangs- und Endpunkt begrenzter tatsächlicher Zustand. Im Falle der Okkupation bestimmt der Wille des Okkupierenden den Zeitpunkt des Beginns dieses Zustandes. Ebenso begründet im Falle der Tradition und des sich gemäß § 854 Abs. 2 BGB. vollziehenden Vorgangs der, der Besitz erwerben will, lediglich durch die irgendwie erfolgende Manifestation seines Besitzwillens die Sachlage, die ihn zum Besitzer macht. Der Besitzerwerber vernichtet hier — allerdings zusammen mit der Erklärung des bisherigen Besitzers: die bisher innegehabte Besitzsphäre zugunsten des Erwerbers aufgeben zu wollen — eben durch die Manifestation seines Besitzwillens m. E. gerade das, was das „Durchhaltende" am Besitz sein soll. Mit anderen Worten: überall da, wo nur eine Willensäußerung auf seiten des Besitzerwerbenden zum Besitzerwerb gesetzlich gefordert wird, liegt m. E. ein Besitzbegründungsakt vor. Das, was der bisherige Besitzer zum Besitzerwerb seines Nachmannes tun kann, ist nur etwas Sekundäres und erschöpft sich darin, daß er dem Nachmanne durch Aufgabe seines Besitzes das Einrücken in die von ihm bisher innegehabte Besitzsphäre ermöglicht. Der Nachmann besitzt trotzdem dann, weil er besitzt, nicht weil der bisherige Besitzer vor ihm besaß. Strohal betont übrigens auf S. 49, daß es sich in seiner Arbeit um eine Sukzession in die possessio als Tatbestand nicht

des unmittelbaren Besitzes ist schlechthin undenkbar[1]). Nur da, wo der Besitzerwerb sich ohne Zutun des Erwerbers lediglich kraft Rechtssatzes vollzieht, ist die Annahme einer successio in possessionem gerechtfertigt. Durch Erbgang wird Besitz nicht begründet, sondern bereits begründeter nur vermittelt. Der Erbe

handeln könne, da er natürlich auch der Ansicht sei, daß es eine Sukzession in Tatsachen nicht geben könne, und daß er eben unter Besitz nicht den Besitztatbestand, sondern die aus dem Dasein des letzteren resultierende rechtliche Stellung, das sog. ius possessionis, verstehe. M. E. wird aber beim konsensualen Besitzübergang durch den Besitzwillen des Erwerbers ein neuer Kausalnexus von Besitzfolgen ins Leben gerufen, der unabhängig ist von der Besitzsphäre des Vormannes. Strohal steht, sofern ich ihn recht verstehe, bezüglich der Besitzerwerbsvorgänge, die sich gemäß § 854 Abs. 1 BGB. vollziehen, auf einem dem hier entwickelten verwandten Standpunkte. Ich entnehme das aus seinen Ausführungen in Anm. 83 auf Seite 85 seines „Sachbesitzes“ (Iherings Jahrb. Bd. 38). Gegen unsere Ansicht sprechen aber wieder die Darlegungen unter IV auf S. 60 ff. des „Sachbesitzes“.

[1]) Das erhellt die meisterhafte Untersuchung Sohms über den Gegenstand, an die sich unsere Ausführungen anlehnen. Sohm sagt in § 5 unter 2: „Kein Gegenstand ist der Besitz. Auch der Besitz kann nicht »übertragen«, noch verpfändet oder mit einem Nießbrauch belastet werden. Er kann nur »überlassen« oder »eingeräumt«, d. h. tatsächlich hingegeben werden. Die Ueberlassung, Einräumung des Besitzes ist kein Rechtsgeschäft, geschweige denn ein Verfügungsgeschäft. Sie kann niemals durch Willenserklärung des Ueberlassenden, sondern immer nur durch Gewalterlangung des Erwerbenden bewirkt werden. Daraus folgt mit Notwendigkeit, daß auch die Einigung, von welcher in § 854 Abs. 2 die Rede ist, kein Verfügungsgeschäft bedeutet. Auch im Falle solcher Einigung wird der Besitz nicht übertragen, sondern überlassen, eingeräumt, und zwar nicht durch die Einigung als solche, sondern nur dadurch, daß infolge der Einigung »der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben«. Die Einigung ist ein für den Erwerb des Besitzes nur tatsächlich, nicht rechtlich erheblicher Vorgang, d. h. sie ist kein über den Besitz verfügender Vertrag. Sie wirkt nicht als Willenserklärung, sondern als Willensausführungshandlung, nämlich als Beihilfe zur Besitzerlangung des anderen, gerade wie in allen anderen Fällen der Besitzeinräumung. Was rechtlich wirkt, ist nicht die Willenserklärung (die Kundgebung, Klarmachung des Willens), sondern ihr tatsächlicher Erfolg. Der Zugang zur Sache wird dem anderen frei, aber der andere erwirbt Besitz nicht, weil der Vormann es gewollt hat, sondern aus eigener Person, weil und wenn die Sachherrschaft nunmehr für ihn begründet ist. Darum ist denn auch der Einigungserwerber kein Rechtsnachfolger im Besitz, so wenig wie in anderen Fällen der Besitzeinräumung. Der Besitz ist kein Verfügungsgegenstand. Für das BGB. ist damit zugleich die Frage nach der Rechtsnatur des Besitzes entschieden: Der Besitz ist kein Vermögensrecht. Er ist ein Rechtsgut von Vermögensinteresse, aber nicht ein in Form eines Rechts erscheinender Aktivbestandteil des Vermögens. Darum gehen durch Gesamtrechtsfolge zwar alle Vermögensrechte über, aber nicht der Besitz. Durch Gütergemeinschaft werden alle Gegenstände gemeinsam, der Besitz aber ebensowenig wie die Schulden. Der Besitz ist weder ein Gegenstand, noch ein Recht an einem Gegenstand. Was vom unmittelbaren Besitz gilt, das trifft ebenso zu für den mittelbaren.“ (Vgl. hierzu Sohm, Gegenstand, S. 29.) — Auch in § 8 unter 3 des „Gegenstand“ wird von Sohm zum

besitzt, weil sein Vormann besaß (§ 857 BGB.)[1]. Sobald er hingegen durch besonderen Willensakt seinen Willen zum Besitz offenbart, nimmt er einen Besitzbegründungsakt vor und setzt eine neue Kausalkette von Besitzfolgen in Lauf. Er hört auf, den Besitz auf Grund eines rechtlichen Vorgangs zu haben, und besitzt nunmehr auf Grund eines tatsächlichen Vorgangs. Sein bisher derivativer Besitz verwandelt sich in originären Besitz. Ueberall da, wo der Besitzerwerb sich also durch einen tatsächlichen Vorgang vollzieht, ist er originär. Der Besitzerwerber nimmt hier selbst den Besitzbegründungsakt vor. Die in der den Besitzübergang vermittelnden Einigung enthaltene Willensbetätigung des bisherigen Besitzers, ebenso auch die Uebergabehandlung des Uebergebenden sind nur Beihilfeleistungen zur Besitzerlangung des Erwerbers. Daher liegt in ihnen nicht der Schwerpunkt des Besitzerwerbsvorgangs, sondern in der Willensbetätigung des Erwerbers hierbei. Unter Umständen genügt auch zur Besitzbegründung des Erwerbers schon dessen Gewalterlangung ohne sein Wissen. Darauf fußt die Anschauungsweise Manigks[2], auf die ich noch kurz hinweisen möchte. Manigk führt hierzu aus[3]: „Erheblich ist bei der Einigung, bei der Besitzübertragung“ — er betrachtet dieselbe im Gegensatz zu uns gesondert von der Einigung des § 854 Abs. 2, und zweifellos spricht hierfür manches — „lediglich, daß die Gewalt mit dem Willen des Vorbesitzers übergeht. Dieser gestattet lediglich die Ergreifung der Sache als faktische Handlung, oder er stellt selbst die Gewalt des Erwerbers her, ohne daß dieser überhaupt etwas davon weiß. Der Besitzerwerb schließt sich wie bei der

Nachweis seiner Behauptung: „Wo kein Gegenstand, da keine Sondernachfolge“, der gleiche Standpunkt über den Besitz entwickelt und dadurch wertvolles Material für unsere Betrachtung geliefert. So findet sich hier der Satz: „Durch Rechtsnachfolge kann (vom Erbgang abgesehen) niemand ‚Besitzer‘ werden, sondern nur durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Niemand ‚besitzt‘ (außer dem Erben), weil sein Rechtsvorgänger besaß. Auch die Besitzübergabe begründet keinen Besitzerwerb durch den Besitz des Vorgängers. Besitznachfolge ist auch im Falle der Uebergabe lediglich zeitliche, nicht kausale, von dem Vorgänger ‚hergeleitete‘, aus dem Besitz des Vorgängers fließende Nachfolge. Besitz beruht ausschließlich in der Gegenwart.“ Schließlich vgl. auch Sohm, Gegenstand, S. 41 u. S. 67 Anm. 4, ferner die Anm. der vorzitierten Textstellen.

[1] cf. Sohm, Gegenstand, § 7 am Ende S. 42, wo es heißt: „Die Erbfolge ist mehr als bloße Gesamtrechtsnachfolge, als bloße Nachfolge in einen Inbegriff von Gegenständen. Sie wirkt Nachfolge auch in den Besitz. Die Besitznachfolge des Erben ist wirkliche Nachfolge, allerdings nur in die rechtliche Stellung eines Besitzers, nicht als ob der Erbe als solcher wirklich besäße (dann wäre es unmöglich, daß der Erbe später tatsächlich den Besitz ergreift), vgl. § 2025 Satz 2 BGB.).“

[2] cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 654—663.

[3] cf. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 659, 660, 661, 662, 663.

einseitigen Erwerbshandlung so auch hier rein ex lege an das eingetretene Gewaltverhältnis an. Das Fehlen der Zustimmung des Vorbesitzers hätte auch nur auf die weitere Eigenschaft des Besitzes als eines fehlerhaften im Sinne der §§ 858 ff. Einfluß, nicht aber auf den Erwerb des Besitzes überhaupt. Eine Besitzestradition liegt z. B. zweifellos auch dann vor, wenn jemand Waren in meiner Wohnung niederlegt. Ohne daß ich dies weiß, habe ich den Besitz durch Tradition erworben, und zwar schon, bevor ich von der Niederlegung der Waren auch nur Kenntnis erhielt. Hier zeigt sich der Kern des auf sog. Einigung beruhenden Erwerbs klar. Dieser ist beim Besitz im Gegensatz zur Eigentumstradition lediglich das mit Willen des Vorbesitzers beim Erwerber hergestellte Gewaltverhältnis. Es fehlt Konsens, es fehlt eine Willenserklärung des Erwerbers, aber auch eine des Vorbesitzers, denn dieser nimmt, wenn er ein tatsächliches Gewaltverhältnis bei einem anderen herstellt, kein Rechtsgeschäft vor. Die Einigung, die gemäß § 854 Abs. 2 neben der tatsächlichen »Lage« zum Besitzerwerb »genügen« soll, muß gesondert betrachtet werden. Meist behandelt man sie als identisch mit der bei der Besitzestradition erfolgenden Einigung" — als identisch wollen wir diese untechnischen Einigungen nicht auffassen, wenngleich wir sie im Gegensatz zu Manigk zusammen behandeln —. „Das läßt leicht den Umstand übersehen, daß gemäß § 854 Abs. 2 durchaus nicht etwa die tatsächliche Gewalt beim Erwerber bereits vorausgesetzt wird. Das Verhältnis beider Teile dieser Norm ist m. E. vielmehr das folgende. Soll der Besitz allein durch das tatsächliche Herrschaftsverhältnis erzeugt werden, so muß die Gewalt über die Sache in vollem Umfange gewonnen werden (§ 854 Abs. 1). Diese obere Grenze der Gewalt braucht hingegen nicht erreicht zu sein, wenn eine »Einigung« mit dem Vorbesitzer vorgenommen wird. Was am körperlichen Verhältnis hier im Vergleich zu dem Fall von Abs. 1 fehlt, ersetzt hier diese Einigung (Abs. 2). Der Besitzerwerb tritt hier infolge der Einigung ohne die volle Gewalt ein. Ist aber inzwischen kraft eigenen Verhaltens des Erwerbers auch die Gewalt erlangt, so würde diese mit dem Fortfall der Einigung nicht auch fortfallen. Der Besitz als Gewaltverhältnis kann nur durch Aufhebung des letzteren, nicht aber durch Fortfall des in der Einigung liegenden sekundären Elements aufgehoben werden. Der Wille des Erwerbers und beim sog. derivativem Erwerb auch der Wille des Vorbesitzers spielen immer noch eine erhebliche Rolle: der erstere insofern, als häufig das gemäß § 854 Abs. 1 statuierte Gewaltverhältnis ohne ihn nicht entstehen kann; der letztere, weil er für die Qualität des Besitzes als fehlerlosen im Sinne der §§ 858—862 erheblich ist. In keinem Falle liegt hier eine Willenserklärung im technischen Sinne vor, da der Wille sich hier immer nur auf rein faktische Umstände zu beziehen braucht,

dort auf das eigene Haben der Sache, hier auf das des Erwerbers. Es kann sich also weder um Erklärungs- noch um Willensgeschäfte handeln, sondern nur um Rechtshandlungen.“ Diese Ausführungen Manigks sind, wie ich ausdrücklich hervorheben möchte, um nicht mißverstanden zu werden, sachlich u. E. vollkommen zutreffend und decken sich auch mit der Auffassung Sohms[1]). Trotzdem glaube ich aus konstruktiven Gründen meine Darstellungsweise rechtfertigen zu können. Lediglich deshalb setze ich den Fall, in welchem durch Uebergabe die Gewalterlangung des Nachmanns ohne dessen Wissen bewirkt wird, einstweilen hintan. Der Normalfall der Uebergabe bleibt u. E. doch der, bei welchem der Nachmann im Besitz bewußt den Besitzbegründungsakt selbst mit dem Willen des Vorbesitzers vornimmt, und in solchem Falle ergibt sich dann die verwandtschaftliche Natur von Uebergabe und Einigung gemäß § 854 Abs. 2 ganz deutlich. Manigks Behandlung verführt zu leicht zu einer Unterschätzung der Willensseite beim Uebergabevorgang. Denn zur Uebergabe gehört — wie ja auch Manigk nicht bestreitet — zweifellos immer ein Willensakt des Vormanns im Besitz. Ohne diesen würde man von einer Uebergabe nicht reden können. M. E. kommt bei fehlerhaftem Besitzerwerb des Nachmanns eine Uebergabe nicht zustande, wenngleich Besitzerwerb eintritt. Die Gewalterlangung des Nachmanns spielt zwar bei der Uebergabe die Hauptrolle, aber sie darf nicht ohne den Willen des Vormanns eintreten. In der Regel wird aber nicht nur auf seiten des Vormanns, sondern auch auf seiten des Nachmanns eine Willensbetätigung zur Existenz gelangen, die in dem einen Falle den End-, in dem anderen Falle den Anfangstermin eines Besitzverhältnisses fixiert, ganz ähnlich, wie dies bei der Einigung gemäß § 854 Abs. 2 zu beobachten ist.

Die Einigung gemäß § 854 Abs. 2 setzt, abgesehen von der Lage, in der sich die Sache befinden muß, mithin zwei Erklärungen voraus, die nebeneinander herlaufen. Die eine macht possessio vacua[2]), die andere bewirkt den Besitzerwerb. Die

---

[1]) Vgl. z. B. Anm. 8 u. 9 in § 5 von Sohms Gegenstand. An ersterer Stelle sagt Sohm: Durch die Einigung des § 854 Abs. 2 kann der herbeizuführende Erfolg nicht in rechtserheblicher Weise bezweckt werden. Rechtserheblich ist für den Besitzerwerb immer nur die Gewalterlangung des anderen, nicht daß der Vormann in Uebereinstimmung mit ihm diese Gewalterlangung zu wollen erklärt hat.

[2]) Eine interessante Abart des Uebergabevorgangs enthält § 956 BGB. Der Pächter hat — wir knüpfen gleich an unser früheres Beispiel an — kein dingliches Nutzungsrecht wie der Nießbraucher. Er hat nur ein Forderungsrecht dem Verpächter gegenüber und kann mithin Eigentum an den Früchten nur durch Tradition erwerben. Der Verpächter leistet nun hier die zur Tradition der Früchte erforderliche Beihilfe durch die Gestattung im voraus. Um die spätere Aneignung der Früchte kümmert er sich im Regelfalle nicht. Er weiß meistens nicht einmal, wann der Pächter die Früchte erntet. Die zum Eigentums-

Einigung des § 854 Abs. 2 ist keine Vertragseinigung, ganz ebenso wie auch die beim Uebergabevorgang etwa hervortretende Einigung zur Erlangung des von Stöver (S. 169) mit dem terminus technicus Uebergabebesitz bezeichneten Besitzes keine Vertragseinigung ist. Die in der Uebergabe und der Einigung gemäß § 854 Abs. 2 enthaltenen Willensvorgänge sind rechtlich gleichartig. Sie sind Willensbetätigungen nicht technischer Art, mögen sie, wie bei der Einigung gemäß § 854 Abs. 2, Erklärungen sein oder bloße Willenshandlungen; am treffendsten kann man sie mit Sohm Willensausführungshandlungen bezeichnen. Sie können sich auch dort, wo sie einander als Erklärungen gegenüberstehen, nicht zu einer Vertragseinigung zusammenschließen. Hieraus folgt, daß auch die Anhänger der Lehre, daß der Besitz ein Recht[1]) sei, zu welchen wir uns nicht zählen,

erwerb der Früchte noch erforderliche Einigung im technischen Sinne geht nebenher und vollzieht sich je nach dem Fall im Augenblick der Gestattung oder kann auch bereits mit der Einigung des Kausalgeschäfts zusammen sich vollziehen oder gelegentlich der Einweisung des Pächters erfolgen. Sie braucht ja nicht ausdrücklich, sondern kann stillschweigend erfolgen.

[1]) Strohal bekennt sich in seiner successio in possessionem S. 142 ff. als indirekten Anhänger dieser Lehre. Das BGB. vermeidet es jedoch grundsätzlich, ein Recht des Besitzes anzuerkennen, wie aus den §§ 268, 865, 1414 BGB. hervorgeht. cf. auch Strohal, Sachbesitz, S. 64, 65 u. Anm. 62. Zitelmann will von einer Anerkennung des Besitzes als Recht nichts wissen; ihm ist das Besitzverhältnis ein tatsächliches Verhältnis, an das notwendige, nicht gewillkürte Rechtsfolgen geknüpft sind. Er erklärt sich insbesondere gegen die sonst notwendige Konsequenz, daß der Dieb, indem er stiehlt, ein Rechtsgeschäft vollzieht, weil er sich den Besitz der Sache aneignet. cf. Zitelmann, „Irrtum und Rechtsgeschäft", S. 310 ff. Anderer Meinung ist Affolter, der sich zu letzterem Punkt in seinem Aufsatz „Das Willensmoment beim Besitzerwerb" im Archiv für bürg. Recht Bd. 17 S. 14 folgendermaßen ausläßt: „Es ist nicht zu bestreiten, daß die Behauptung, der Dieb erwerbe ein Recht an der Sache, als widerspruchsvoll erscheint. Bei näherer Betrachtung löst sich aber der Widerspruch auf. Der höhere Gesichtspunkt des Gesetzgebers geht auf Vermeidung von eigenmächtigen Besitzergreifungen. Hat eine solche aber stattgefunden, so solle sie nicht ein Freibrief für andere Besitzergreifungen sein." Einen sehr wertvollen Beitrag zur Besitzlehre stellt auch die Arbeit von Ernst Heymann in der Festgabe für Felix Dahn dar. Sie ist betitelt: „Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere (Konnossement, Ladeschein, Lagerschein)". Heymann gibt einen sehr interessanten Bericht über die Stellungnahme der Wissenschaft hinsichtlich der Besitzfragen cf. S. 147 bis 160). Er selbst nimmt als Parteigänger Strohals den von unserem abweichenden Standpunkt ein, daß der Besitz ein Recht, und zwar ein dingliches Recht sei. Er falle aber deshalb nicht unter die „Rechte an Sachen", die nach ganz fester Terminologie des neuen Reichsrechts nur dingliche Vollrechte umfassen. Das eigentümliche Wesen des Besitzes als dinglichen Minderrechts sei stets in Verbindung mit dem Zweck der betreffenden Vorschrift zu berücksichtigen. Deshalb sei im Einzelfall immer noch besonders festzustellen, ob das Reichsrecht, wo es von „Rechten" oder sogar „dinglichen Rechten" spreche, den Besitz mit umfasse (S. 154). An anderer Stelle sagt er: „Man braucht sich

trotzdem die Einigung gemäß § 854 Abs. 2 BGB. und die beim Uebergabevorgang etwa sich vollziehende „Einigung“ nicht zu den Verträgen rechnen dürften. Natürlich wird dadurch die Richtigkeit unserer Ansicht, daß die Eigentumsübertragung, die sich gemäß § 929 Satz 1 oder gemäß § 929 Satz 1 in Verbindung mit § 854 Abs. 2 BGB. vollzieht — also durch Einigung im

---

nur zu vergegenwärtigen, daß der Besitz ein »soziales Verhältnis« ist, daß er infolgedessen seinen Bestand nur herleitet aus der unfreiwilligen oder freiwilligen Respektierung der Mitmenschen und daß diese Respektierung erfahrungsgemäß jeder erkennbaren Zugehörigkeit einer Sache zu einem fremden Wirtschaftskreise zuteil zu werden pflegt, so ist ohne weiteres klar, daß eine Respektierung zugunsten dessen, »den es angeht«, stattfinden kann und häufig stattfindet (z. B. Baugrundstücke, Handwagen auf offener Straße, Gepäck im Wartesaal). Hier ist ein Wechsel des Besitzers ohne einen für Dritte erkennbaren Vorgang möglich. Das Publikum respektiert gewisse Uebertragungsvorgänge, weil die Person des Besitzers gleichgültig ist. [Diese Vorgänge können rein tatsächlicher Art sein (z. B. Einigung; doch ist dabei zu beachten, daß im Verkehr auch hier der Umstand eine Rolle spielt, daß die Einigung ein Rechtsgeschäft zu bergen pflegt, der wirtschaftliche Hergang und die rechtliche Form sind untrennbar), sie können auch durch Rechtsvorschriften ihre Bedeutung für den Verkehr erlangen, z. B. der Tod des Erblassers in Verbindung mit der allgemein bekannten Tatsache, daß wir ein Erbrecht haben (§ 1922, nicht aber § 857 BGB.).] Wenn das objektive Recht einen so erworbenen Besitz rechtlich anerkennt, wenn es mit anderen Worten durch solchen Vorgang die Sukzession in das ius possessionis eintreten läßt, dann beruht diese besitzrechtliche Sukzession auf einem Eintritt des Erwerbers in den objektiven Besitztatbestand; es ist für ihn durch den Vorgang ein tatsächliches Machtverhältnis geschaffen. (A. M. Strohal, Sukzession in den Besitz, S. 154.)“ — Für Strohals Ansicht ist auch Eberhard Friedrich Bruck in Bd. 13 von Leonhards Studien in seiner Arbeit „Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte“ eingetreten. Er versucht auf S. 120 ff. in m. E. wenig glücklicher Weise die Ansicht Manigks zu widerlegen. Weit gründlicher ist die Arbeit von P. J. Aravantinos „Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht“ in Iherings Jahrbüchern Bd. 48 (2. F. Bd. 12) S. 101—186. Aravantinos steht auf einem unserem Standpunkte verwandten, wenngleich er infolge einer zu weitgehenden Anwendung der Vorschriften über Willenserklärungen auf die in den Willensausführungshandlungen vorkommenden Erklärungen zu irrtümlichen Resultaten gelangt. Mit der Kritik seiner Arbeit hat sich eingehend Manigk in seinem Werk „Willenserklärung und Willensgeschäft“ (cf. S. 657 ff.) befaßt. — Den richtigen Standpunkt über die Rechtsnatur des Besitzes nimmt Sohm ein. cf. Sohm, Gegenstand, S. 28, ferner Anm. 10 bis 16 zu § 5, Arch. f. bürg. Recht Bd. 26 S. 180 (gegen Wilutzky, Die Verfügungen des BGB., Arch. f. b. R. Bd. 26 S. 67). Auch Kretzschmar, der, wie sich noch zeigen wird, die Einigung des § 854 Abs. 2 als Vertrag behandelt, spricht auf S. 3 seines Sachenrechts sich in dem von uns vertretenen Sinne aus. Er sagt: „Der Besitz ist ein Rechtsgut, nicht aber ein Recht an der Sache im technischen Sinne; als ein solches läßt es sich um deswillen nicht bezeichnen, weil der Besitzschutz lediglich auf der Tatsache des Besitzes beruht und daher ein nur vorläufiger ist, so daß der Besitzer aus der petitorischen Klage dem Verüber der verbotenen Eigenmacht, dem ein Recht an der Sache zusteht, weichen muß.“

technischen Sinne + Uebergabe oder + Einigung gemäß § 854 Abs. 2 —, ein Vertrag ist, in keiner Weise berührt. Die Willensvorgänge bei der Uebergabe und der Einigung gemäß § 854 Abs. 2 BGB., die seitens des Besitzerwerbers in dem Besitzbegründungswillen und seitens des Vorbesitzers in dem Willen, den Nachmann in die bisher innegehabte Besitzsphäre einrücken zu lassen, ihren Ausdruck finden, müssen also scharf von den Willenserklärungen, aus denen die Einigung im technischen Sinne sich zusammensetzt, getrennt werden. Sie sind im Gegensatz zu jenen Willenshandlungen nicht rechtsgeschäftlicher Art. Immerhin werden trotzdem auf sie einzelne Bestimmungen der Vorschriften über Rechtsgeschäfte analog Anwendung finden müssen. Denn rechtlich bedeutungslos sind sie nicht, da das Gesetz sie zur Erlangung des fehlerfreien Besitzes verlangt. So werden z. B. die Rechtssätze über die Geschäftsfähigkeit, soweit diese für den Besitzerwerb in Frage kommt, auf sie angewandt werden müssen. Denn der Geschäftsunfähige, der einen rechtlichen Willen nicht haben kann, ist m. E. auch zur Erlangung von Uebergabebesitz unfähig. Weder durch Einigung gemäß § 854 Abs. 2 BGB., noch durch diejenige Uebergabe, zu welcher eine Willensbetätigung des Besitzerwerbers treten müßte, kann ein Kind unter 7 Jahren Besitz erlangen. Denn wenn es den Besitz der Sache erlangt, so ist das auf etwas anderes zurückzuführen, nämlich auf die Gewalterlangung ohne Besitzwillen. Es hat immer nur Besitz ohne Willen gemäß § 854 Abs. 1. Beschränkt Geschäftsfähige sind dagegen zur Erlangung von Uebergabebesitz im obigen Sinne fähig, ebenso wie zum Besitz nach § 854 Abs. 2. Vor einer Ueberspannung der analogen Anwendung der Rechtssätze über Rechtsgeschäfte auf die Willensvorgänge beim Erwerb des Uebergabebesitzes und des Besitzes nach § 854 Abs. 2 muß jedoch gewarnt werden. So finden natürlich auf sie keine Anwendung die Vorschriften, die speziell nur auf Verträge und Rechtsgeschäfte Bezug haben, insbesondere z. B. nicht die Rechtssätze über Willensmängel. In diesen Fehler verfällt z. B. Aravantinos, der mit Recht von Manigk in dieser Hinsicht angegriffen wird. Beachtlich ist, was Sohm zu diesem Punkt ausführt. Vgl. Anm. 9 in § 5 seines „Gegenstands". Interessant ist die Stellungnahme Kretzschmars zu dieser Frage. Als Anhänger der herrschenden Lehre führt er im Gegensatz zu der von uns entwickelten Auffassung auf Seite 16 seines Sachenrechts (1906) aus: „Die Einigung des § 854 Abs. 2 BGB. hat rechtsgeschäftlichen Charakter, weshalb die Vorschriften der §§ 116 ff. BGB. entsprechende Anwendung finden." Kretzschmar verkennt nun aber nicht, daß eine konsequente Anwendung der Vorschriften über Willensmängel zu unhaltbaren Resultaten führt, und fährt deshalb mit folgendem Satze fort: „Jedoch ist die Folge eines Willensmangels nicht die, daß dem erlangten Besitz

keine Wirkung zukäme, sondern der Willensmangel kann gegenüber der Erlangung der tatsächlichen Gewalt nur zur Folge haben, daß der Besitz anfechtbar ist, fehlerfrei dagegen bleibt der Besitz trotzdem, so daß er nur kondiziert werden kann."

IV. Gegen die Vertragsnatur der Einigung gemäß § 854 Abs. 2 hat sich bisher nur eine beschränkte Anzahl von Schriftstellern ausgesprochen. Die Hauptvertreter dieser Ansicht sind Binder[1]), Manigk, Sohm, Aravantions[2]), Eltzbacher[3]). Neben diesen finden sich zwar noch verschiedene Anhänger dieser Auffassung. Nur haben sie sich ihre Arbeit leicht gemacht und sich oft nur mit einem Satze, ohne tiefer in das Wesen der Einigung des § 854 Abs. 2 zu dringen, mit der vorerörterten Frage abgefunden. So verwirft Steyert[4]) die Vertragsnatur der Einigung des § 854 Abs. 2 lediglich, weil ihm der Besitz ein Faktum und kein Recht ist. Die Einigungserklärungen scheinen ihm jedoch dieselben zu sein, wie die in der Einigung im technischen Sinne. Auch Maenner[5]) streift nur die Frage. Er lehnt die Annahme der Vertragsnatur ab, weil die Einigung die Herstellung eines tatsächlichen Zustandes, an den sich rechtliche Folgen knüpfen, aber nicht die Herbeiführung der rechtlichen Folgen bezweckt. Die Einigung gemäß § 854 Abs. 2 ist ihm deshalb kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung. Eingehender hat sich Stöver[6]) mit der Frage befaßt. Er behandelt, ebenso wie wir, Uebergabe und Einigung gemäß § 854 Abs. 2 BGB. — eine Uebergabe, bei welcher der Vormann dem Nachmann ohne dessen Wissen zur Gewalterlangung verhilft, scheint er als gültige Uebergabeart nicht anzuerkennen — als engverwandte Erscheinungen, auch ihm ist die Einigung gemäß § 854 Abs. 2 BGB. eine Uebergabe, nämlich eine sich durch bloße Einigung vollziehende. Auch er trennt scharf die Willensäußerungen der Einigung im technischen Sinne von den Willensvorgängen in den beiden von ihm nur anerkannten Uebergabearten. Aber seine unrichtige Auffassung des Rechtsgeschäftsbegriffes, der Mangel, die Willensvorgänge ihrem Wesen nach auseinanderhalten zu können, und die Anerkennung des Besitzes als eines dinglichen Rechts verführen ihn zu seinen bereits früher angeführten Schlußfolgerungen. Seine Ansicht ist ganz konsequent durchgeführt und Stöver hat vollkommen recht, wenn er Bruck den Mangel einer gleichen

---

[1]) cf. Binder, Rechtsstellung des Erben, 1901 S. 47 Anm. 44.

[2]) Bei Manigk, Sohm und Aravantinos beziehe ich mich auf die früheren Zitate in meiner Arbeit.

[3]) cf. Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit, 1903 S. 7, 8, 218. Gegen ihn Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 127—136.

[4]) cf. Steyert a. a. O. S. 35—37.

[5]) cf. Maenner, Sachenrecht, 2. Aufl. München 1906 S. 133.

[6]) cf. Stöver a. a. O. S. 165 ff., 179.

Konsequenz vorwirft. Warum Bruck[1]) in der Einigung gemäß § 854 Abs. 2 einen dinglichen Vertrag erblickt, läßt er völlig unbegründet. Den gleichen Fehler, wohl in Anlehnung an Bruck, begeht Ortlieb[2]). Eine eigenartige Auffassung hat Salomon[3]). Er erkennt an, daß ein tiefgehender Gegensatz zwischen der Einigung gemäß § 854 Abs. 2 BGB. und der Einigung im technischen Sinne besteht. Während dort zur dinglichen Rechtsänderung zwei vollständig voneinander unabhängige Erfordernisse nötig wären, stelle sich der Fall der Einigung nach § 854 Abs. 2 BGB. von vornherein als Ausnahme hin, denn die Regel bilde die Bestimmung in Absatz 1. Der Gesetzgeber verlange nicht Einigung und die Möglichkeit, die Gewalt über die Sache auszuüben, sondern er verlange Einigung, wenn oder unter der Voraussetzung, daß der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Er stelle mithin bei der Besitzerlangung nicht, wie beim Erwerb des Eigentums, zwei verursachende Momente auf, sondern nur ein Moment, und dieses genüge wiederum nur unter einer ganz bestimmten Voraussetzung. Die gewollte rechtliche Wirkung trete daher allein auf Grund der dieser Voraussetzung genügenden Einigung ein. Die Einigung gemäß § 854 Abs. 2 müsse daher als Vertrag bezeichnet werden. Turnau und Foerster[4]) sprechen sich, nachdem sie auseinandergesetzt haben, daß der Besitzwille kein Erfordernis des Besitzerwerbs sei und mithin sogar Geschäftsunfähige Besitz erwerben können, zu unserer Frage, wie folgt, aus: „Anders liegt die Sache im Falle der Uebertragung des unmittelbaren Besitzes. Hier ist in erster Reihe Einigung zwischen dem bisherigen Besitzer und dem Erwerber erforderlich. Die Einigung hat den Uebergang des unmittelbaren Besitzes von dem bisherigen Besitzer auf den Erwerber zum Inhalt. Sie ist ein Vertrag und daher kommen auf sie die Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere Verträge, zur Anwendung. Da dieser Besitzerwerb sich ohne den Besitzwillen des Erwerbers nicht vollziehen kann und geschäftsunfähige Personen eines Willens im Rechtssinne nicht fähig sind, ist hier der Besitzerwerb geschäftsunfähiger Personen ausgeschlossen. Die gleiche Ansicht mit unbedeutenden Abweichungen vertreten die Anhänger der herrschenden Lehre, deren Führer Biermann, Kober, Endemann, Gierke, Planck, Strohal[5]) sind. Der Grund dafür, daß die An-

[1]) cf. E. Bruck, Einigung, S. 12, 19 ff. Nicht richtig ist auch sein Standpunkt, daß derjenige, mit dem sich der bisherige Besitzer über den Besitzübergang einige, stets der Erwerber sein müsse. cf. hierzu Kretzschmar, Sachenrecht, S. 17, Stöver a. a. O. S. 184/185.

[2]) cf. Ortlieb a. a. O. S. 82/83.

[3]) cf. Salomon, Die Genehmigung usw., a. a. O. S. 55 ff.

[4]) cf. Turnau-Foerster, Das Liegenschaftsrecht, 1900 S. 54.

[5]) cf. Kretzschmar, Sachenrecht, S. 16, wo die genannten Schriftsteller zitiert sind.

nahme der Vertragsnatur der Einigung gemäß § 854 Abs. 2 BGB. sich so großer und namhafter Anhängerschaft erfreut, liegt wohl in der sich immer mehr und mehr geltend machenden Neigung, den Besitz als ein Recht, als einen Gegenstand zu behandeln[1]). Warum aber dann die gesondert von der Einigung im technischen Sinne auftretende Besitzübertragung durch Uebergabe — ein Fall, der sehr wohl vorkommen kann — nicht als Vertrag, wenigstens dort, wo zwei Erklärungen sich gegenüberstehen, behandelt wird, ist mir unverständlich. Denn daß in einer solchen Uebergabe eine Willensäußerung des Besitzaufgebenden und Besitzerwerbenden analog dem Willensvorgang gemäß § 854 Abs. 2 liegt, kann doch nicht geleugnet werden. Stöver hat dies ganz klar auf S. 166 ff. seiner Arbeit hervorgehoben und sich hierbei mit Recht gegen die allerdings falsch verstandene Behauptung Manigks[2]) verwahrt: es käme nach § 929 Satz 1 BGB. gar nicht darauf an, wie der Erwerber den Besitz erlange, sondern lediglich, daß er ihn erlange. Dagegen führt Stöver aus[3]): „Hier ist das Wie allerdings wesentlich, weil der Gesetzgeber das Wie ausdrücklich bestimmt hat. Der Besitz muß erworben werden dadurch, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt. Nicht der zufällige Besitzerwerb reicht aus, sondern es ist konsensualer Besitzerwerb durch bewußtes Handeln der Parteien erforderlich. Zu dem tatsächlichen Besitzerwerb muß der Konsens der Parteien über den Besitzübergang hinzukommen.“ Stöver hat natürlich u. A. nach nicht recht mit seinen Behauptungen, weil die Willensvorgänge bei der Uebergabe, die Besitzeinräumung des Vormanns und die Besitzbegründung des Nachmanns, untechnische Willenshandlungen sind. Aber ich glaube, daß seine Auffassung doch eine richtige Beobachtung enthält. Da, wo die Uebergabe sich seitens des Uebergebenden und des Erwerbers bewußt vollzieht, wird sich immer ein der Einigung im technischen Sinne analoger Willensvorgang abspielen. Wenn also, um an das Manigksche Beispiel anzuknüpfen, beim Sturm eine Banknote aus meinem Fenster fliegt und ich einem auf der Straße Vorbeigehenden zurufe, daß

---

[1]) Diese Neigung wird unterstützt durch eigenartige Erscheinungen unseres Erwerbslebens, namentlich auf dem Gebiete des Reklamewesens. Ein Giebelfeld eines Hauses kann dem Eigentümer dadurch nutzbringend sein, daß er Interessenten das Recht einräumt, Reklameschriften anzubringen oder Lichtbilder auf diese Fläche zu werfen. Der Gedanke, daß das Recht zum Besitz unter Umständen sich zu einem Vermögensrecht umgestalten kann, ist also nicht so fernliegend. Trotzdem bleibt natürlich die Ansicht Sohms S. 26 ff. seines „Gegenstands“ richtig.

[2]) cf. Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte, S. 191 ff., insbesondere S. 194—198, 202 ff.; vgl. auch Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 654 ff. Anm. 742 u. 744, ferner S. 660 Anm. 764a.

[3]) cf. Stöver, Arch. f. b. R. Bd. 26 S. 166—169.

ich ihm die Banknote schenke, so erwirbt letzterer Eigentum, sobald er stillschweigend seinen Konsens ausdrückt, und zwar, wie Stöver ganz richtig gegen Manigk ausführt, gemäß § 929 Satz 1 in Verbindung mit § 854 Abs. 2. Warum Manigk daran festhält, daß weder Satz 1 noch Satz 2 des § 929 hier zuträfe, bleibt mir unverständlich. Zum Eigentumserwerb gehört bei Fahrnis immer Einigung und Uebergabe. Letztere wird im vorstehenden Beispiel durch eine sich nach § 854 Abs. 2 vollziehende Uebergabe erfüllt. Auch hier ist das Verfügungsgeschäft vollziehungsbedürftig. Die Vollziehung der Einigung im technischen Sinne bedarf, wo die Einigung und Vollziehung sich getrennt abspielen, immer noch einer von ersterer gesonderten Willensbetätigung. Auch wenn die Uebergabe sich in der Weise vollzieht, daß der Vormann im Besitz den Nachmann ohne dessen Wissen in den Besitz der Sache setzt, ist sie von einem Willen getragen. Dieser seltene Fall würde dann — ganz trifft der Vergleich nicht zu — sein Gegenstück im Liegenschaftsrecht dort finden, wo zur Einigung die Eintragung aus irgendwelchen hier nicht interessierenden Gründen ohne das sonst übliche Eintragungsverfahren treten würde.

§ 9.

2. Die Eintragung.

I. Die rechtsgeschäftliche dingliche Rechtsänderung an Grundstücken ist neben der Einigung von der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch abhängig. Das Grundbuchsytem beherrscht das moderne Liegenschaftsrecht, und zwar sind eintragungsfähig die gesamten dinglichen Rechtsverhältnisse des einzelnen Grundstücks: sein Bestand, sein Eigentümer, seine Belastungen, wie etwaige Verfügungsbeschränkungen. Die Eintragung ist ein Akt der Obrigkeit, eine Amtshandlung, die vorzunehmen die zuständige Behörde, das Grundbuchamt, verpflichtet ist, sofern die in einem besonderen Eintragungsverfahren (§ 13 GBO. ff.) geregelten Voraussetzungen erfüllt sind. Mit der Eintragung entsteht, wenn eine materiellrechtlich gültige Einigung vorangegangen ist oder zu ihr noch hinzutritt, die erstrebte Rechtsänderung. Die Eintragung allein hat jedoch deshalb noch keine selbständige, rechtserzeugende Kraft[1]. Mit dem im hamburgischen, lübeckschen, mecklenburgischen und sächsischen Recht geltenden Prinzip der formalen Rechtskraft ist heute im Anschluß an die preußische Gesetzgebung (cf. EEG. n. 5 V 72 § 1, 18, 19) gebrochen worden. Das Prinzip der formalen Rechtskraft stellte

[1]) cf. Fuchs, Zur Lehre von der Eintragung, S. 97 ff. in der Festgabe für Dr. Wilke, sowie Wunderlich, Eintragungsbewilligung, § 2 S. 5 ff.

den Grundsatz auf, daß die Eintragung stets die Rechtsänderung, auch ohne gültige Einigung, erzeuge. Die Eintragung war also nach diesem Prinzip zur Rechtsänderung notwendig und genügend. Heute ist die Eintragung zur rechtssatzmäßigen Rechtsänderung weder notwendig, noch genügend; denn die rechtssatzmäßige Rechtsänderung an Grundstücken bedarf überhaupt nicht der Eintragung, sie vollzieht sich ipso jure außerhalb des Grundbuchs. Zur rechtsgeschäftlichen Rechtsänderung ist zwar die Eintragung notwendig, aber sie ist nicht genügend; denn es wird durch die Eintragung allein noch keine dingliche Rechtsänderung erzeugt, sondern erst zusammen mit der Einigung. Die Eintragung ist daher bei rechtssatzmäßiger Rechtsänderung rechtsbekundend (deklaratorisch), bei rechtsgeschäftlicher rechtserzeugend (konstitutiv), jedoch letzteres nur dann, wenn ein gültiger Konsens hinzutritt[1]). Das Grundbuch ist also heute nicht mehr unbedingt wahr. Die Eintragung dient nicht nur der Grundbuchberichtigung, sondern sie vollendet die Rechtsänderung. Sie ist nicht nur Mittel zur Wirksamkeit des Rechts gegen Dritte, sondern die Entstehung des dinglichen Rechts ist von der Eintragung mit abhängig[2]). Auch als Form des Rechtsgeschäfts darf die Eintragung nicht aufgefaßt werden; denn sie hat neben der Einigung rechtserzeugende Kraft, also selbständige Bedeutung für die dingliche Rechtsänderung, und kann daher auch der Einigung vorausgehen[3]).

Damit die Eintragung vom Grundbuchrichter vorgenommen werden kann, ist ein in der Grundbuchordnung besonders geregeltes Verfahren vorgeschrieben[4]). Denn der Grundbuchrichter wird nur dann tätig, wenn er zur Vornahme einer Eintragung gesetzlich verpflichtet ist. Es wird daher noch ein vom materiellen Recht gesondertes öffentlichrechtliches Verfahren, ein Prozeß, nötig, damit die Eintragung vollzogen werden kann. Dieses Verfahren vollzieht sich zwischen den Beteiligten und dem zur Vornahme der Eintragung im Grundbuch gesetzlich berufenen Staatsorgan, dem Grundbuchrichter. Derjenige, der sich mit der Bitte um Eintragung an den Grundbuchrichter wendet, hat grund-

---

[1]) cf. Wunderlich, Eintragungsbewilligung, S. 7, wo es heißt: „Fehlt der materiellrechtliche Konsens oder ist er nichtig, so bleibt trotz der Eintragung die Lage der Sachenrechte, wie sie vor der Eintragung war. Das Grundbuch ist nur unrichtig geworden. Nicht Rechtsänderung, nur Buchänderung ist eingetreten."

[2]) Dadurch unterscheidet sich das Eintragungsprinzip des BGB. vom französischen Transskriptions- und Inskriptionsprinzip, sowie auch vom Eintragungsprinzip des preußischen Rechts (cf. § 12 EEG.). Mit der Eintragung wurde nach letzterem nur das schon vorher entstandene dingliche Recht gegen Dritte wirksam. cf. Fuchs, Festgabe für Dr. Wilke, S. 97; E. Bruck, Einigung, S. 14.

[3]) cf. Salomon, Die Genehmigung usw., S. 47.

[4]) cf. Wunderlich, Eintragungsbewilligung, § 1 (S. 3), § 6, besonders sub 5 (S. 44), § 9 (S. 61 ff.) und § 10 (S. 65 ff.).

sätzlich diejenigen Tatsachen, die nach materiellem Recht die Grundlagen der Eintragung bilden, denselben nachzuweisen. Der Nachweis gilt als erbracht, wenn er oder der Betroffene eine gültige Eintragungsbewilligung dem Grundbuchrichter einreicht[1]. Letzterer nimmt dann selbständig auf Grund der Prüfung der Unterlagen ohne die Beteiligten die Bewirkung der Eintragung vor. Die Tätigkeit der Beteiligten erschöpft sich also in der Herbeischaffung der Unterlagen, die zur Begründung des Antrags erforderlich sind. Und zwar sind die formalen Voraussetzungen für die Eintragung Antrag und Eintragungsbewilligung. Ersterer ist die Bitte eines Beteiligten um Eintragung an das Grundbuchamt, während die Eintragungsbewilligung Erklärung des Einverständnisses mit der beantragten Eintragung von seiten dessen ist, zu dessen Lasten sie geschieht. Die Eintragungsbewilligung ist ein Dispositionsakt des Betroffenen über den dem Grundbuchrichter vorzulegenden Entscheidungsstoff. Sie erspart dem Antragsteller den Beweis der antragsbegründenden Tatsachen und erleichtert das Amt des Grundbuchrichters, indem es den Nachweis der dem materiellen Grundbuchrecht zu entnehmenden antragsbegründenden Tatsachen überflüssig macht und den Grundbuchrichter instand setzt, die Eintragung vorzunehmen. Wichtig ist hierbei, daß ein klagbarer Anspruch den Beteiligten nicht hieraus erwächst. Denn der Grundbuchrichter ist lediglich kraft öffentlichen Rechts zur Bewirkung der Eintragung verpflichtet. Das Recht der Beteiligten auf Eintragung ist ebenso wie die Verpflichtung des Grundbuchrichters zur Vornahme der Eintragung rein öffentlichrechtlicher Natur. Die Beteiligten können daher auf die Entstehung der Eintragung unmittelbar nicht einwirken. Es ist deshalb falsch, anzunehmen, daß die Einigung und die Eintragungsbewilligung zusammen die dingliche Rechtsänderung bereits schafften. Zur materiellen rechtsgeschäftlichen Rechtsänderung ist Einigung und Eintragung[2]) erforderlich. Die Eintragungsbewilligung ist für das materielle Liegenschaftsrecht dagegen weder notwendig, noch genügend. Selbst eine unter Außerachtlassung der in der Grundbuchordnung geregelten, verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die alle nur Soll- (Ordnungs-) vorschriften, keine Mußvorschriften sind, also pflichtwidrig zustandegekommene Eintragung, würde bei Vorliegen eines materiell-

[1]) Der Grundbuchrichter verlangt mit Ausnahme der Auflassung nicht, daß ihm vor der Eintragung der Nachweis einer gültigen Einigung erbracht wird, wie man erwarten sollte, sondern die Eintragungsbewilligung, d. i. die einseitige Erklärung dessen, zu dessen Lasten die Eintragung erfolgen soll, ersetzt ihm den Nachweis der Einigung; vgl. die weiteren obigen im Anschluß an Wunderlich gemachten Ausführungen.

[2]) Mit Recht sagt Foerster in seinem Preuß. Grundbuchrecht, Berlin 1842 S. 41: Die Eintragung ist nicht etwa nur ein urkundliches Zeugnis für einen außerhalb des Grundbuchs gelegenen Rechtsvorgang.

rechtlich gültigen Konsenses die dingliche Rechtsänderung schaffen. Andererseits ist die Einigung nun nicht etwa notwendig eine Voraussetzung der Eintragung, da zu letzterer ja eine rechtsgültige Eintragungsbewilligung genügend ist. Nur tritt dann, falls die Einigung nicht noch hinzutritt, lediglich Buchänderung ein.

II. Einigung und Eintragung sind also voneinander in ihrem Ent- und Bestehen trotz ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit unabhängig. Ihre Voraussetzungen sind grundverschieden voneinander. Die der Eintragung sind in der Grundbuchordnung, die der dinglichen Rechtsänderung im BGB. geregelt. Die Einigungserklärungen sind materiellrechtlicher, die formalen Erklärungen des Eintragungsverfahrens prozessualer, öffentlichrechtlicher Natur. Die Formvorschriften für die Einigung, soweit solche in Frage kommen, sind Mußvorschriften, die der Grundbuchordnung Sollvorschriften.

III. Ohne selbständige Wirkung ist die Eintragung, auch wenn sie ohne Einigung vorkommt, nicht. Infolge von Konsequenzen, die sich aus dem Publizitätsprinzip ergeben, knüpft sich an die Eintragung eine Vermutung für den Bestand oder Nichtbestand des betreffenden Rechts. Die Wirkungen des Publizitätsprinzips äußern sich darin, daß der Eingetragene beweisfrei und der als berechtigt Eingetragene zur Verfügung zugunsten des gutgläubigen Dritten legitimiert ist[1]). Zum Schutze gegen diese Wirkungen steht dem von der Unrichtigkeit Betroffenen der Berichtigungsanspruch gegen den zu Unrecht Eingetragenen zu. Wichtig ist, daß die Eintragung über die Rangordnung der Rechte am Grundstück entscheidet. Nicht die Entstehung des Rechts, wie man annehmen sollte, sondern die Eintragung desselben ist für den Rang des Rechts entscheidend[2]). Es kommt immer nur auf den Zeitpunkt der Eintragung an. Die frühere Entstehung des Rechts nützt nichts und die spätere schadet nichts.

§ 10.

3. Die Einigung kein fertiges Rechtsgeschäft (kein Vertrag), aber rechtserheblicher Faktor eines solchen.

I. Trotz der Verschiedenheit von Uebergabe und Eintragung stehe ich namentlich im Gegensatze zu Stöver[3]) nicht an, die beiden Rechtsfiguren, die durch Zusammenschluß von Einigung und Uebergabe (resp. deren Surrogate), sowie von Einigung und

[1]) Kretzschmar führt als Grund dieser Rechtsgestaltung auf S. 3 seines Sachenrechts an: „Der Erwerb eines Rechts an einem Grundstücke vollzieht sich nach § 892 in der Weise unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, daß der Erwerber sich unbedingt auf den Inhalt des Grundbuchs verlassen kann."

[2]) cf. Planck Bd. 3 (1906) S. 99 zu § 879_1.

[3]) cf. Stöver, Arch. f. b. R. Bd. 26 S. 182/183 ff.

Eintragung entstehen, ihrer juristischen Konstruktion nach gleich zu behandeln. Beide sind dingliche Verträge, d. h. Verfügungsgeschäfte. Im Verfügungsgeschäftstatbestande spielt die Eintragung ganz die gleiche Rolle wie die Uebergabe. Die Eintragung führt im Liegenschaftsrecht, ganz so, wie die Uebergabe im Fahrnisrecht, mit der Einigung im technischen Sinne zusammen die Rechtsänderung herbei. Uebergabe und Eintragung sind beide selbständige und der Einigung im technischen Sinne gleichwertige Merkmale im Verfügungsgeschäftstatbestande, folglich Elemente des Vertrags[1]). Insoweit haben Uebergabe und Eintragung die gleiche juristische Bedeutung und gehören daher beide dem materiellen Rechte an. Bei der Uebergabe, die rein privatrechtlicher Natur ist, befremdet dies nicht, wohl aber bei der Eintragung; aber auch sie hat trotz ihres sonstigen öffentlichrechtlichen Charakters ihre materiellrechtlich wirksame Seite. Sie ist ein Januskopf. Allein haben weder Uebergabe noch Eintragung trotz der auch ihnen innewohnenden potentiellen Wirkungsfähigkeit auf die rechtsgeschäftliche dingliche Rechtsänderung Einfluß[2]).

II. Im Liegenschaftsrecht tritt die Gliederung des Verfügungsgeschäftstatbestandes in zwei rechtserzeugende Faktoren stets deutlich hervor, weil Einigung und Eintragung immer getrennt voneinander zur Entstehung gelangen. Das ist anders im Fahrnisrecht. Hier verschwimmt oft die zweigliedrige Gestaltung und damit das Bild dieser den vollziehungsbedürftigen Rechtsgeschäften eigenen Struktur. Oft erscheint äußerlich die Einigung im technischen Sinne als das einzige Tatbestandsmerkmal. Dies ist der Fall beim rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb von Fahrnis, wenn das Gesetz von dem Erfordernis einer faktischen Ueber-

[1]) Kretzschmar spricht im Anschluß an Ortlieb in seinem Sachenrecht S. 52 der Einigung die Eigenschaft eines selbständigen Rechtsgeschäfts ab und sieht den dinglichen Vertrag nicht, wie die herrschende Lehre, in der Einigung, sondern, wie auch wir, in dem durch Einigung und Uebergabe resp. Eintragung gebildeten Tatbestand. Er sagt unter anderem, was uns namentlich hier interessiert: „Der Zusammenschließung der Einigung und Eintragung zu einem Realvertrag steht nicht entgegen, daß die Eintragung nicht von dem Passivbeteiligten selbst, sondern vom Grundbuchamt vorgenommen wird, denn insoweit kommt in Betracht, daß die Eintragung auf Grund der Bewilligung des Passivbeteiligten erfolgt und sich somit als eine von ihm durch Vermittlung des Grundbuchamts bewirkte Leistung darstellt.“ Wenn wir auch im Endresultat auf einem ähnlichen Standpunkte wie Kretzschmar stehen, so können wir ihm nicht völlig beipflichten. Unsere Auffassung über die Eintragungsbewilligung als verfahrens- und nicht materiellrechtliche Handlung hindert uns daran. Auch vermögen wir die Rubrizierung des vollziehungsbedürftigen Rechtsgeschäfts unter den Begriff Realvertrag, wie früher dargelegt ist, nicht zu billigen.

[2]) Das unter III. im vorigen Kapitel Ausgeführte bleibt hierdurch unberührt.

gabe dispensiert. In zwei Fällen kann die Uebergabe ersetzt werden, nämlich:

a) wenn der Eigentümer im Besitz der Sache ist, durch ein zwischen ihm und dem Erwerber vereinbartes Rechtsverhältnis, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt, constitutum possessorium (§ 930 BGB.);

b) wenn ein Dritter im Besitze der Sache ist, durch die Abtretung des Anspruches auf Herausgabe der Sache seitens des Eigentümers an den Erwerber, Vindikationszession (§ 931 BGB.).

In zwei weiteren Fällen bedarf es nicht einmal eines Surrogats für die Uebergabe. Durch die Einigung vollzieht sich nämlich der Eigentumsübergang, wenn im Momente der Einigung Erwerber und bisheriger Eigentümer über die Besitzeinräumung der Sache an den Erwerber einig sind und ersterer in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben (§ 929 S. 1 in Verbindung mit § 854 Abs. 2 BGB.)[1], sowie auch dann, wenn der Erwerber bereits im Augenblicke der Einigung im Besitz der Sache ist (§ 929 S. 2 BGB.). Ersteren Fall kann man in Anlehnung an das römische Recht mit longa manu traditio, letzteren mit brevi manu traditio bezeichnen.

Die Uebergabe hat den Zweck, das Band zwischen Sache und Erwerber herzustellen. Sie bewirkt erst, daß die dingliche Rechtsänderung sich unmittelbar an den Konsens knüpfen kann. Ihre Aufgabe ist also, die Entstehung der Rechtsänderung mit zu ermöglichen. Der Konsens des sachenrechtlichen Vertrags ist, wie wir früher dargelegt haben, zwar selbst schon wirkungsfähig, aber nur potentiell. Er bedarf noch des Vollzugs durch Uebergabe (bez. Eintragung). Wenn nun ein Teil dessen, was zur Vollziehung des Konsenses notwendig ist, bereits vorher schon erfüllt ist, so versteht sich natürlich ganz von selbst, daß sich dann der Vollzug der durch die Einigung gewollten Rechtsänderung einfacher gestaltet und es eines der sonstigen Uebergabe analogen äußeren Vorganges nicht erst noch bedarf. Ein Trugschluß wäre es aber, wenn man hier ein rein voluntares Rechtsgeschäft — in dem Sinne, daß allein der Konsens die gewollte Rechtsänderung bewirkt — vor sich zu haben glaubte. Auch in den Fällen, in denen ein neben der Einigung im technischen Sinne sich vollziehender Vorgang äußerlich nicht hervortritt, muß man jedesmal zwischen Einigung und irgend einer tatsächlichen Beziehung dessen, der aus der Verfügung berechtigt wird, zu dem betreffenden Gegenstand scharf scheiden. Denn die Voll-

[1] Nicht als brevi manu traditio, sondern als Eigentumserwerb gemäß § 929 S. 1 in Verbindung mit § 854 Abs. 2 BGB. ist der Fall aufzufassen, in welchem ein Eigentümer einem unselbständigen Inhaber (einem Besitzdiener) die Sache zu Eigentum überträgt.

ziehung wird hier zwar vereinfacht, sie fällt aber deshalb nicht fort. Die Uebergabe tritt in diesen Fällen „spiritualisiert" auf. Sie erscheint nach außen nicht als solche. Tatsächlich tritt sie aber irgendwie, wenn auch als bloßer Schemen, in Erscheinung. Es gilt nur scharf zu beobachten. Keine besonderen Schwierigkeiten bieten die beiden letzten Fälle. Aus unseren früheren Ausführungen geht hervor, aus welchen Willensvorgängen sich der fälschlich sog. konsensuale Eigentumserwerb nach § 929 S. 1 in Verbindung mit § 854 Abs. 2 BGB. zusammensetzt. Hier haben wir es mit einer deutlich hervortretenden Uebergabeart zu tun. Ich kann mich hier darauf beschränken, auf das früher Ausgeführte zu verweisen. Auch die sogenannte brevi manu traditio ist ähnlich gestaltet. Wo sie vorliegt, hat der Erwerber schon im Momente der Einigung unmittelbaren Besitz. Wie er denselben erlangt hat, ist gleichgültig. Auch in diesem Falle spielt sich im Augenblick der Einigung ein interner Willensvorgang ab, der die gleiche tatsächliche und rechtliche Lage schafft, die bei Entstehung einer regulär verlaufenden Uebergabe hervortritt. Der Erwerber wird Eigenbesitzer, während er vorher Fremdbesitzer war; oder, wenn er, was allerdings selten der Fall sein dürfte, schon Eigenbesitzer war, so wird im Momente der Einigung infolge eines Willensvorgangs des Verfügenden dieser bisher fehlerhafte Eigenbesitz fehlerfrei. Gewöhnlich spielt sich im Augenblicke der Einigung ein ganz ähnlicher Willensvorgang ab, wie der innere im Falle des § 854 Abs. 2 BGB. Auf einem unserem Standpunkte verwandten steht Salomon[1]. Er sagt: „Der Unterschied zwischen Satz 2 und Satz 1 des § 929 beruht nur in der verschiedenen Reihenfolge von Uebergabe und Einigung[2]; eine erhöhte Bedeutung erlangt keines dieser beiden Momente dadurch, daß er dem anderen vorangeht[3]. Einigung sowohl als Uebergabe bringen jede für sich allein einen Eigentumswechsel nicht zustande. Jeder dieser Faktoren besitzt zwar die Kraft, bei Vorhandensein des anderen mit diesem zusammen den Uebergang des Eigentums zu bewerkstelligen, aber nur deswegen, weil der andere schon vorliegt. So vermag auch im Falle des § 929 S. 2

[1] cf. Salomon, Die Genehmigung usw., a. a. O. S. 56/57.

[2] Das ist wohl falsch. § 929 S. 2 bezieht sich m. E. nur auf solche Fälle, wo Besitz zuvor ohne Uebergabe erlangt worden ist; z. B. der Eigentümer schenkt dem Finder die gefundene Sache oder dem Dieb die gestohlene.

[3] cf. Stöver, Arch. f. b. R. Bd. 26 S. 174/175. Stöver verwahrt sich m. E. zu Unrecht dagegen, daß die nach § 929 S. 1 BGB. erforderliche Einigung auch nach der Uebergabe der Sache zustande kommen könne. Seine Polemik gegen Meisner und E. Bruck in diesem Punkte vermag mich nicht zu überzeugen. Es ist nicht einzusehen, warum nicht die Einigung der Uebergabe einmal nachfolgen soll, ohne daß deshalb die Uebergabe ihre Bedeutung zu verlieren braucht. Gegen Stöver m. E. mit Recht Simon, Einigung, S. 15/16 Anm. 1 am Ende.

die Einigung zwar die Wirkung einer Verfügung zu erzeugen, aber nur scheinbar allein. Die Verfügung wird hervorgerufen durch das Zusammenschmelzen der beiden Faktoren: Uebergabe und Einigung[1]. Die Einigung, für sich allein betrachtet, ist hier keine Verfügung."

Die Uebergabe und die beiden zuletzt besprochenen Arten der Uebergabe lassen erkennen, worauf es eigentlich bei dem neben der Einigung im technischen Sinne noch erforderlichen Faktor zur Herbeiführung der unmittelbaren Rechtsänderung ankommt. Denn sie knüpfen alle ganz das gleiche tatsächliche Band zwischen Erwerber und Sache. Sie geben dem Erwerber unmittelbaren, fehlerfreien Besitz an der Sache, d. h. die tatsächliche Stellung, die der Eigentümer in der Regel zur Sache einnimmt. Kommt nach Schaffung einer solchen Lage noch die Einigung im technischen Sinne hinzu oder wird nach deren Zustandekommen eine solche tatsächliche Lage begründet, so steht dem Eintritt der unmittelbaren Rechtsänderung nichts mehr im Wege. Der erklärte Konsens ist dann vollzogen. In den mit a) und b) bezeichneten Fällen wird ein gleich festes Band zwischen Gegenstand und Erwerber nicht angeknüpft. Der Gegenstand verbleibt weiter im unmittelbaren Besitz eines anderen (des Verfügenden oder eines Dritten). Der Erwerber erlangt in diesen Fällen Eigentum ohne tatsächlichen Besitz. Was ihn mit der Sache verbindet, ist nur ein geistiges Band. Das ist das Sonderbare. Deshalb haben wir es hier weder mit einer Uebergabe noch einer Uebergabeart zu tun, sondern mit Surrogaten für die Uebergabe. Der Erwerber wird beim Erwerb sofort in eine Rechtslage versetzt, wie ein Eigentümer, der auf Zeit den Besitz seiner Sache auf Grund eines Verpflichtungsverhältnisses einem anderen eingeräumt hat. Der Berührungspunkt mit den Uebergabearten zeigt sich in dem Erwerbe des mittelbaren Besitzes. Während unmittelbarer Besitz durch Willensausführungshandlungen begründet wird, kann mittelbarer Besitz nur durch Rechtsgeschäft begründet und übertragen werden[2]. In den Fällen a) und b) muß sich daher immer ein

[1] Manigks Beobachtung (S. 192/193 seines Anwendungsgebiets der Vorschriften für Rechtsgeschäfte) an Fällen des § 929 S. 2 ist natürlich richtig. Es erscheint mir aber nicht glücklich, gerade solche Fälle als geeignet hinzustellen zur Gewinnung eines klaren, konstruktiven Bildes für den Eigentumsübertragungsvorgang.

[2] Das darf nicht falsch verstanden werden. Der mittelbare Besitz ist kein Gegenstand. Er ist aber eine tatsächliche Wirkung des besitzvermittelnden Forderungsrechts. Weil Uebertragung des mittelbaren Besitzes durch Verfügung über den Herausgabeanspruch (Abtretung) vor sich geht, wird der mittelbare Besitz „übertragen" (§ 870), nicht bloß überlassen. cf. hierüber die Ausführungen Sohms in seinem „Gegenstand" S. 29, sowie die dazu gehörigen Anmerkungen 14, 15 und 16 zu § 5. Der ehrliche Finder ist deshalb kein Besitzmittler des Eigentümers. Der Eigentümer hat hier gar keinen Besitz, auch nicht mittelbaren. Denn es fehlt hier ein besitzvermittelndes Forderungsrecht.

zweites Rechtsgeschäft in den Verfügungstatbestand der Eigentumsübertragung einschieben, und zwar im Falle a) (wo ein besitzvermittelndes Forderungsrecht erst begründet werden muß) ein Verpflichtungsgeschäft, und im Falle b) (wo das besitzvermittelnde Forderungsrecht übertragen werden muß) ein Verfügungsgeschäft. Die in den Fällen a) und b) zur Existenz gelangenden Hilfsrechtsgeschäfte spielen im Eigentumsübertragungsgeschäft, also im Hauptgeschäft, ganz die gleiche Rolle, wie die den Erfolg der Uebergabe herbeiführenden Willensausführungshandlungen. Der Eigentumserwerb tritt auch da nicht schon auf Grund bloßer Einigung, sondern erst auf Grund von Einigung plus einem die Uebergabe ersetzenden Vorgang ein. Die Sondernatur dieses neben der Einigung noch notwendigen Rechtsaktes kommt hier besonders scharf zur Geltung. Um den die Uebergabe ersetzenden Zustand zu schaffen, macht sich jedesmal noch der Abschluß eines besonderen Rechtsgeschäfts nötig, das neben dem Hauptgeschäft seine selbständige, von diesem unabhängige Wirkung hat.

III. Wie schon erwähnt, ist im Liegenschaftsrecht stets die Struktur des Eigentumsübertragungsvorganges, die Gliederung in zwei gleichwertige Faktoren, gewahrt. Die Entstehung des Faktors Eintragung setzt in der Regel ein mehr oder weniger kompliziertes Verfahren voraus. Der Grundbuchrichter wird erst tätig, wenn er von einer der Parteien hierum angegangen ist und die sonstigen Voraussetzungen für die Eintragung gegeben sind. Für gewöhnlich bedarf es zur Vornahme der Eintragung eines Prozesses; unter Umständen kommen auch hier Vereinfachungen vor, so, wie wir gesehen haben, in den Fällen, in welchen die Einigung im technischen Sinne bindend erklärt worden ist. Dann wird die Eintragung nicht erst noch von einer besonderen Eintragungsbewilligung im technischen Sinne abhängig gemacht. Der Grundbuchrichter kann beim Vorliegen einer bindenden Einigung schon auf Antrag hin die Eintragung verfügen. In allen Fällen bedarf es aber eines Willensaktes des Grundbuchrichters. Wenn auch die zur Eintragung nötigen Willenshandlungen nicht privatrechtsgeschäftlicher Natur sind, so sind sie doch hier sämtlich rechtserheblicher Art und lassen sich zurückführen auf den Willen der Beteiligten, wenn diese auch selbst von der Bewirkung der Eintragung ausgeschlossen sind.

IV. Die Rechtsänderung im Fahrnis- wie im Liegenschaftsrecht kann — dies zu zeigen, war das Hauptziel dieser Arbeit — auf die bloß erklärte Einigung hin nicht eintreten. Die Sache gehorcht niemals schon dem Wort. Sie gehorcht erst der Willenstat. Nur der irgendwie tätig gewordene Wille ruft unmittelbare Aenderungen in den sachenrechtlichen Verhältnissen hervor. Es muß daher stets ein zweiter Rechtsakt der Einigung im technischen Sinne noch zu Hilfe kommen, der die Realisierung des erklärten